التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختيارى
فى العقود الإدارية

الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى – فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى – المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية عناصر المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية الإتفاق على التحكيم للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

دكتور

محمود السيد عمر التحيوى

٢٠٠٣

دار المطبوعات الجامعية

أمام كلية الحقوق ت : ٤٨٦٢٨٢٩ – أسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

" ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب * ربنا إنك جامع الناس ليوم لاريب فيه إن الله لايخلف الميعاد ".

صدق الله العظيم .

سورة آل عمران : الآيتان (٨ ، ٩)



إهـــــداء ...

إلى زوجتى العزيزة ، وابنتى رقية حفظهما الله ......

إلى روح والدى الطاهرة ......

إلى والدتى أدام الله بقاءها......

إلى إخوتى الأعزاء ....

إلى أساتذتى الأفاضل ... إعترافا منى بفضلهم ......

أهدى ثمرة مجهودى .

المؤلف.....

مقدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلـى آلـه ، وصحبـه ، وسلـم .

الحمد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ؛ ونعوذ بالله مـن شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله ، فلا مضل لـه ، ومـن يضلل ، فلاهادى له ، ونشهد أن لااله إلا الله ، وحده لاشريك له ، ونشـهد أن سيدنا محمدا – صلى الله عليه ، وسلم – عبده ، ورسوله ، أرسـله بيـن يدى الساعة بشيرا ، ونذيرا ، وداعيا إلى الله بإذنـه ، وسـراجا منـيرا ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغى ، وفتـح به أعينا عميا ، وآذانا صما ، وقلوبا غلقا ، حيث بلـغ – صلـى الله عليـه ، وسلم – الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فى الله حق جـهاده وعبد الله – سبحانه ، وتعالى – حتى أتاه اليقين . صلى الله عليـه ، وعلـى آله ، وسلم تسليما ، وجزاه عنا أفضل ماجزى نبيا عن أمته .

أمـا بعـــد . . .

لم تعد القوة – كما كانت فى المجتمعات القديمـة – وسـيلة لاقتضـاء الحقوق ، والمراكز القانونية ، والدفاع عنها ، بتدخل الدولـة الحديثـة بعـد مراحل تاريخية طويلة فى الحياة الإجتماعية ، والإقتصادية ، للقضـاء علـى ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص – والذى كان معروفا فـى المجتمعـات

القديمة - حيث كان الأفراد ، والجماعات يلجأون للقوة ، لاقتضاء حقوقهم بأنفسهم [1] .

فقد حل نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة محل النظام القديم - والذى كان يعرف بنظام القضاء الخاص - وأصبحت إقامة العدالة ، وتحقيقها وضمان نفاذ القانون الوضعى الموضوعى هى إحدى الوظائف الرئيسية للدولة الحديثة ، تباشرها حماية للنظام القانونى الوضعى ، عن طريق الهيئات القضائية التى تنشؤها ، وتمنحها ولاية الفصل فى المنازعات بين مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " ، وزودتها بكافة الأدوات ، والوسائل التى تمكنها من النهوض بمهمتها ، ووضعت القوانين ، والنظم الوضعية التى تبين طرق الإلتجاء إليها ، والطريقة التى تعالج بها دراسة الدعاوى القضائية المعروضة عليها ، وفحصها ، والفصل فيها ، وطرق الطعن فيما تصدره من أحكام ، ووسائل تنفيذها ـ وقد تضمنت هذه النظم ، والقوانين الوضعية جميع الضمانات التى تكفل استقلال القضاء العام فى الدولة ، وحيدته ، ونزاهته وحمايته من تدخل السلطة العامة ، أو عنت الخصوم " أفرادا ، وجماعات " ومايكفل للمتقاضين حرية الدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية ، ووسائله أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، والهيئة التى تملك - دون غيرها - النيابة عن الخصوم فى الطلب ، والدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية .

إستئثار القضاء العام فى الدولة الحديثة بمختلف أجهزته القيام بوظيفة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ، وتحقيق الحماية القضائية لحقوقهم ، ومراكزهم القانونية - بصورها المختلفة :

إستأثر القضاء العام فى الدولة الحديثة بمختلف أجهزته القيام بوظيفة القضاء

---

(١) فى بيان خصائص نظام القضاء الخاص الذى كان معروفا فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

LUCUIN FRANCOIS : L' adage nul ne peut se faire justice soi meme in annales de la Faculte de Droit du Liege . 1967 . P . 133 et s .

بين الأفراد ، والجماعات ، وتحقيق الحماية القضائية لحقوقهم ، ومراكزهم القانونية - بصورها المختلفة - وأصبح بذلك القضاء حكرا على أجهزة القضاء العام فى الدولة الحديثة [(١)] .

وتحقيقا لهذا الدور ، فقد منحت الدولة الحديثة مواطنيها " **أفرادا وجماعات** " حق الإلتجاء إلى قضائها العام - **ودون تمييز بينهم** - وجعلت منه حقا عاما يتمتع به الجميع ، بلا تفرقة بسبب لون ، أو جنس ، أو جنسية ولكنها - **أى الدولة الحديثة** - مع ذلك لم تسمح بأن يمارس حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة بطريقة غير منظمة ، وإنما تولت هى وضع الضمانات ، والضوابط التى يجب على مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " إتباعها عند ممارسته [(٢)] .

إذا كان الأصل أن القضاء - وهو مظهرا من مظاهر سيادة الدولة الحديثة [(٣)] - لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولة الحديثة - والتى أنشئت خصيصا لذلك - فإن الدولة الحديثة - وبما لها من سلطة - تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠- دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢١ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢١ص ٦١ .

(٣) أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم - المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣ ص ١٠ ومابعدها .

تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة :

إذا كان الأصل أن القضاء – وهو مظهرا من مظاهر سيادة الدولة الحديثة [١] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولة الحديثة – والتى أنشئت خصيصا لذلك – فإن الدولة الحديثة – وبما لها من سلطة – تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة [٢] .

فحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة – وبمحض إرادتيهما ، واتفاقهما – يفوضان أشخاصا – ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة – فى أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أوبصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفى الخصومة هو أساس نظام التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما فى إجراء هذا الصلح ، أو فى الحكم فى النزاع [٣] .

---

[١] أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص١٠ومابعدها .

[٢] أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٤٤ .

[٣] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – ط٣ – ١٩٩٤ – دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ومابعدها .

طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة [١] :

إذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة الحديثة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [٢] . فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة :

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى :

بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة الحديثة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

والطريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون من العضو القضائى للدولة الحديثة – **وإن كانوا يباشرون وظيفته** . فنظام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على هيئة تحكيم من الأغيار ، تعين باختيارهم ، أو بتفويض منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجردا من التحامل ، قطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق**

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – ١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢ – الطعن رقم (٣٦٩) – لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ ، الطعن رقم (٩٠٨) – لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، الطعن (٥٧٣) – لسنة (٥١) ق .

على التحكيم " إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية [١] .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجود التقارب بينهما من ناحية أخرى [٢] .

التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " هـو - ومن حيث الأصل - مكنة إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها :

التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، **للفصل فى منازعاتهم " القائمة** ، والمحددة ، أو المحتملة ، **وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " هو - ومن حيث الأصل - مكنة** إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها ، إلا أن النظم القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها -** قد راعت أن نظام التحكيم **- وبما يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة - قد يعهد به** إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية الكافية لإنجاز مهمتهم

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ - الدعوى الدستورية رقم (١٣) - لسنة (١٥) .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ - الهامش رقم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام وتفسيرها ، وإكمالها) - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - ط١ - ١٩٩٣ - بند ٤٢ ص ٧٥ ، ٧٦ ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٠ ومابعدها .

التحكيمية ، فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف سلامة القرارات التي يصدرونها على مراعاتها [١] .

الدولة الحديثة لم تحتكر وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " ، من خلال اتفاقهم - وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة - صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - وفقا للإجراءات العادية للتقاضى :

لم تحتكر الدولة الحديثة وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة " من خلال اتفاقهم - وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة - صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها- إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - وفقا للإجراءات العادية للتقاضى .

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ١٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

فإذا كان الأصل أن القضاء - وهو مظهرا لسيادة الدولة الحديثة - لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية المخصصة لذلك ، فإن النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، واعتدادا منها بمايشوب إجراءات الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة من بطء ، وتعقيد وماتتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقاضين [١] - قد أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها ، وأن يعهدوا بنظرها ، والفصل فيها إلى هيئة تحكيم ، تختار لهذا الغرض . بل إن النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - قد انتبهت إلى بساطة نظام التحكيم ، ومزاياه ، فعمدت إلى فرضه في خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة .

كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات في المجتمعات القديمة :

عاد نظام التحكيم - والذي كان يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات في المجتمعات القديمة [٢] - يظهر من

---

[١] في بيان الإعتبارات الداعية للعزوف عن القضاء العام في الدولة الحديثة ، كوسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر :

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . Paris . 1983 . P. 5 , 17 .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته في قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، علي سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣ ، ٤ .

(٢) كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات في المجتمعات القديمة ، أنظر :

جديد ، وإن كان ذلك فى صورة استثناء من عموم ولاية القضاء العـام فـى الدولة الحديثة [1] .

GLASSON (E .) , MOREL (R .) et TISSIER (A .) : Traite theorique et pratique d'Organisation judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 . N . 18 . P. 308 ; MOTULSKY (H .) : L' evolution recente en matiere d' arbitrage international . Rev . arb . 1959 . P. 3 et s ; IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 . P . 5 ; HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage . L'arbitrage commnercial international dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la c . Mai . 1993 . P. 43 .

وانظر أيضا : صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ١٩٦٧ – دار النهضة العربية بالقـاهرة – ص ٦٩ ومابعدها ، محمود السقا – فلسفة ، وتاريخ النظـم الإجتماعيـة ، والقانونيـة – ١٩٧٥ – بدون دار نشر – بند ٢٢١ ص ١٠٢ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – ١٩٨٦ – بدون دار نشر – ص ٤٢ ، ٤٣ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختيارى والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٥ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١٢ ، محمود محمد هاشـم – قواعـد التنفيـذ الجبرى ، وإجراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، محمد نور عبد الهادى شـحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٥ ومابعدها ، علـى رمضان بركات – خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقـانون المقـارن – رسـالة لنيـل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٦ – بند ١ ص ١ – الهامش رقـم (٢) ، أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعـد المرافعـات – ص ٦ ، بنـد ٤ ص ١٢ ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضـاء علـى التحكيم – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعـة عـين شمـس – ١٩٩٦ – ومنشورة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣ .

(١) فى استعراض الصورة الحديثة لنظام التحكيم ، أنظر :

ROBERT et MOREAU : Rep . Proc . Civ . V . Arbitrage ; E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principles matieres de droit prive . 1975 ; VINCENT et

ففى الصورة الأولى للمجتمعات -- حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة - كان نفاذ القانون الوضعى وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد ، والجماعات ، يعتمد على قوتهم الخاصة ، ويعول على وسائلهم الذاتية [١] - وهو ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice privee - ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات ، ولايكفل الأمن ، والعدل فيها . فلقد كان القانون الوضعى رهينا فى يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها . وفى وضع مثل ذلك ، يفقد القانون الوضعى كثيرا من مقوماته الفنية ، والخلقية . فيفقد من مقوماته الفنية صفتى العموم ، والإلزام ، بالقدر الذى تحول فيه القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ ، والسلطان فى المجتمع . كما يتجرد من أسانيده الخلقية ، حينما لايتحقق العدل ، ويضيع الحق فى مواجهة القوة هذه كانت أزمة القانون الوضعى فى تلك الحقبة [٢] .

ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة ، والتغلب عليها ، إلا بإيجاد عضو غيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون الوضعى ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملى [٣] ، ويكون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع .

GUINCHARD : Procedure civile . precis Dalloz . 21 e ed . 1987 . N . 1343 et s .

(١) أنظر : طه أبو الخير - حرية الدفاع - طبعة سنة ١٩٧١ - ص ١١ ، أحمد ماهر زغلول - الدفاع المعاون - الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٨٦ - بند ١ ومايليه - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - بند ٢ ص ٥ ٦ .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - بند ٢ ص ٦ .

فضرورة وجود هذا العضو تمثل ضرورة وجود القانون الوضعي ذاته باعتبارها ضرورة متممة له ، لايستقيم ، ولاتتكامل مقوماته بدونها [١] .
فلايقدر لمبدأ المشروعية قيام ، واستقرار ، إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر ومستقر ، يحميه من الإعتداء ، ويدفع عنه الطغيان [٢] .
وفي البداية ظهر هذا العضو في اطار مايسمي بنظام التحكيم **L'arbitrage** ، والذي كان اختياريا [٣] ، ثم صار إجباريا في مرحلة لاحقة [٤] ، [٥] ، ويمقتضى هذا النظام ، يلجأ الأطراف ذوو الشأن إلى

---

[٣] في ارتباط مبدأ نفاذ القانون الوضعي ، وسيادته بوجود قضاء يضمن هذا النفاذ ، أنظر : محمد عصفور – سيادة القانون – ص ٣ ، ص ٩١ ومابعدها ، ص ١٩٨ ، ص ٢٢٧ ومابعدها ، الحرية في الفكرين الديمقراطي ، والإشتراكي – طبعة سنة ١٩٦١ – ص ٣٠٦ ومابعدها ، عبد الحميد متولي – الوسيط – طبعة سنة ١٩٥٦ – ص ٢٩٦ ومابعدها ، فتحي عبد الكريم – السيادة ، والدولة في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون – ص ٢٦ ومابعدها .

[١] أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

[٢] أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائي ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

[٣] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري – مخالفة التشريع للدستور ، والإنحراف في استعمال السلطة التشريعية – مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة المصري – السنة الثالثة – ص ٢ .

[٤] في دراسة نشأة نظام التحكيم ، وتطوره ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقي – التحكيم في المنازعات البحرية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة في القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – ١٩٩٦ – ص ١ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادي شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٥ ومابعدها .

[٥] في بيان الصور الحديثة لنظام التحكيم ، وازدهاره في فترة مابين الحربين العالميتين الأولى ، والثانية ، أنظر :

شخص ثالث " محكم " **L'arbitre** ، من الغير ، يكون محايداً ، ومجرداً من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضة عليه ، ليفصل فيما هم فيه مختلفون .

ولم يكن نظام التحكيم - **وبالصورة التى كان عليها فى المجتمعات القديمة** - ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات فى هيئة دول .

فلقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة ، وإحدى وظائفها الأساسية وهو فى الوقت ذاته مظهرا لسيادتها . ولم يعد يتفق مع ذلك أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثة **Organes etatiques** ، والذين تعينهم لهذا الغرض ، وتزودهم بالسلطة ، والصفة الازمتين لذلك . وهكذا انتهى الأمر إلى حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص وقضاء التحكيم (١) .

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Rep . Proc . Civ . 2e ed . T. 1 . V . Arbitrage ; **BERNARD (E .)** : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . ed . 1975 ; **CARABIBER** : Les developpement de l'arbitrage sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Sos . 1956 . 457 ; **JARROSSON** : La notion d'arbitrage . These . Paris 11 . 1985 . L . G . J . D . Paris . 1987 . preface **OPPETIT ; EL . GOHARY MOHAMED** : Arbitrage et les contrats commerciaux internaux a long term . These . Renne 1. 1982 . P. 253 et s .

(١) فنظام التحكيم - وكما لاحظ البعض - فى التشريع الحديث أثرا من آثار القضاء الخاص فى المجتمعات البدائية ، أنظر: رمزى سيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٦٣ ، صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - ط١ - ١٩٥٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٧٩ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - بند ٤٧ ص ١٤٧ .

وقد يكون الإتفاق على التحكيم سابقا ، أو لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فإذا كان سابقا على نشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يرد في صورة شرط في عقد معين . بمقتضاه ، يتفقون على أن مايمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفذه من منازعات ، يتم الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، ويطلق عليه عندئذ : **شرط التحكيم Clause compromissoire** .

أما إذا كان لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يأخذ صورة عقد يتفقون فيه على عرض النزاع القائم ، والمحدد على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، بدلا من الإلأتجاء إلأى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويطلق عليه عندئذ : **مشارطة التحكيم Compromis** .

مزايا نظام التحكيم [١] : نظام التحكيم - كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق [٢] ، [٣] ، [٤] ، [٥] ، [٦] ، [٧] ، [٨] ، [٩] ، وإنما هو

---

(١) في بيان مزايا نظام التحكيم ، أنظر :

FOUSTOUCOS : L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique . Litec . Paris . 1976 . N . 2 . P . 3 , 4 ; R . DAVID : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 . N . 19 . P . 28 .

وانظر أيضا : محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – بند ٢١ ومايليه ص ١٧ ومابعدها ، وجدى راغب فهمي – نظام التحكيم في قانون المرافعات الكويتي – بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٩٣ – ص ٢ ، ٣ ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته – بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، أحمد محمد مليجي موسى – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ص ٢٠٧ ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤ ومايليه ص ٨ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربي – التحكيم ، والتصالح – ص ٢٧ ومابعدها ، هشام على صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٢٥ ص ١٥١ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٣٥ ، على بركات – خصومة التحكيم في القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٦ – ومنشورة سنة ١٩٩٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٣ ، ٤ .

(٢) في اعتقاد جانب من فقه القانون الوضعي المقارن بأن نظام التحكيم قد ظهر في اليونان القديمة مابين القرنين السادس ، والرابع قبل الميلاد ، وأنه قدصدرت العديد من أحكام التحكيم في القرن السادس قبل الميلاد ، أنظر :

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et internationale . Droit prive helenique liter . 1976 . preface B . GOLDMAN . N.2 .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ .

(٣) عرف نظام التحكيم - كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - فى مصر القديمة ، وبابل ، وآشور ، أنظر: إبراهيم العنانى - العلاقات الدولية - جامعة عين شمس - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى - ص ١٧٦ ، صوفى أبو طالب - تاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية - ص ٢٠٣ ، عبد الحسين القطيفى - دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية - المقالة المشار إليها - ص ٣٢ ومابعدها .

(٤) عرف نظام التحكيم لدى قدماء الإغريق ، فى المنازعات بين دويلات المدن اليونانية . كما عرف قدماء الإغريق كذلك معاهدات التحكيم الدائمة ، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة ، أنظر : عبد المحسن القطيفى - دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية - ص ٣٢ ومابعدها ، إبراهيم العنانى - اللجوء إلى التحكيم الدولى - ط١ - ١٩٧٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٢ ، فخرى أبو يوسف مبروك - مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - السنة السادسة - العدد الأول - يناير - سنة ١٩٧٤ - ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) فى بيان ملامح نظام التحكيم فى روما منذ أقدم العهود - سواء فى عصر الإمبراطورية القديمة ، أو فى عصر الإمبراطورية السفلى - وبصفة خاصة ، فى العقود الرضائية ، أنظر :

MONIER : Manuel elementaire de Droit Romain montchrestien . 1947 . T. 1 . N. 150 ; **CHARLES JARRASSON** : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque du Droit prive . N. 1 et s , et N. 750 et s .

وانظر أيضا : محمود السقا - تاريخ القانون المصرى - ط١ - ١٩٧٠ - مكتبة القاهرة العربية - ص ٢٥٤ ، ٢٧٠ ، محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ - ص ص ٣٧ - ٣٩ ، أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - ص ٤ ، عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - بند ٣٠ ص ٥٥ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦ ومابعدها .

(٦) التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى - التحكيم فى المنازعات الدولية - بغداد - العدد الأول - ١٩٦٩ - ص ٣٢١ ، محمود السقا - تاريخ القانون المصرى - طبعة سنة

١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

(٧) يكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص – فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٨ ، على على منصور – الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – ط١ – ١٩٦٢ – ص ٢١٦ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ١١

(٨) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام – عند العرب ، وغير العرب – إذ يعتبر نظام التحكيم مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية ، بعد أن كان الإلتجاء إلى الإنتقام الفردى سائدا ، والإحتكام إلى القوة مبدأ . فيعتبر نظام التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت إليه الجماعات البشرية ، وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس ، وألفوا الإلتجاء إليه ، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم . ومع ذلك ، كان الإلتجاء إلى التحكيم إختياريا ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكا أمره للمتنازعين : ، صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩

(٩) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام ، إذ كان يتولى شيخ القبيلة الفصل فى المنازعات التى تدور بين أفراد قبيلته . أما المنازعات التى كانت تدور بين قبيلتين ، أو أكثر ، فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة . وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قبل بعثته بمكة ، عندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود فى مكانه ، عند إعادة بناء الكعبة . فى معرفة نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام ، أنظر : محمود سلام زناتى – التحكيم عند العرب – مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم بالعريش – ص ١٣ ومابعدها .

عرف نظام التحكيم عند غير العرب ، أنظر : أبو اليزيد على المتيت - الأصول العلمية ، والعمليـة لإجراءات التقاضى - ط٢- ١٩٨٦ - المكتب الجامعى الحديث بالقاهرة - ص ٢٤٣ ومابعدها .

وفى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; **JEANCLOS** : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة - بند ١١ ص ١٢ ، حسـنى المصـرى - شـرط التحكيم - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة - ١٩٨٩ - ص ١٤٧ .

والتحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدمـاء ، والآشـوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى - التحكيم فى المنازعات الدوليـة - بغداد - العدد الأول - ١٩٦٩ - ص ٣٢١ ، محمود السقا - تاريخ القانون المصرى - طبعـة سـنة ١٩٧٠ - ص ص ٢٥٤ - ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام فى القضاء الشعبى - طبعة سـنة ١٩٧٣ - ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـين - ص ٨ ، ٩ .

ويكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضـاء العام فى الدولة - صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بـالفصل فى جميـع المنازعـات بـين الأفـراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خـاص - فى الشـريعة الإسـلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضـوان الله عليـهم . فى دراسـة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسـطل - التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٨ ، على على منصور - الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العـام - ط١ - ١٩٦٢ - ص ٢١١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٩ ومابعدهـا ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشـريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ١١

تطبيقا لفكرة التحكيم فى المجتمعات القديمة ، وامتـــدادا للتحكيـم التجـــارى الدولى فى العصور الوسطى (١) .

ذلك أنه كان من شأن زيادة معدل التجارة ، واتساع سوقها ، نتيجـــة لزيـــادة وسهولة المواصلات عبر الحدود ، وعـــدم ملاءمـــة التنظيمـــات القضائيـــة والقوانين الوضعية ، للتصل فيماينشأ عنها من منازعات ، أن انتشر التحكيـــم كبديل للقضاء العام فى الدولة ، لما يتميز به من تحرر الأطراف المحتكميـــن " أطراف الإتفاق على التحكيم " من القيود التى تفرضــــها النظـــم القانونيـــة الوضعية لمختلف الدول ، ذات الإتجاهات ، والمذاهب المختلفـــة . فـــالتحكيم

---

(١) فى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : **Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977.**

وانظر أيضا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، حســـنى المصـــرى – شـــرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

إجراءاته مبسطة ، ولاتماثل الإجراءات القضائية العادية ، ويبعد عن الشكلية ولكن التبسيط لايصح أن يكون على حساب ضمانات التقاضى الأساسية . **وأهمها** : تمكين الخصوم في التحكيم من إبداء وجهة نظرهم ، ودفاعهم ودفوعهم بشكل كاف . فيجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - وإن أعفتهم النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من التقيد بإجراءات التقاضى العادية - ضرورة مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى . خاصة ماتعلق منها بمبدأ حرية الدفاع ، والمواجهة بين الخصوم فى إجراءات التحكيم . فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم - **والمقررة قانونا** [١] .

وتخلص نظام التحكيم من الشكليات القضائية ، هو الذى ترجع إليه معظم مزاياه - سواء على الصعيد الدولى ، أم على الصعيد الداخلى .

والتحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يوفر الوقت ، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلاله تعدد درجات التقاضى ، وبطء الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق القضاء العام فى الدولة الحديثة ، والذى لايفصل فيه إلا إذا جاء دوره ، وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتسع معه صدور الخصوم أصحاب الشأن ، وما لايتفق مع مصلحتهم فى كثير من الأحيان [٢] .

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٨١ ومايليه ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ .

[٢] أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٧ .

ولهذ ، فإن نظام التحكيم يحظى فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة الدولية منها بسمعة كبيرة ، بعد أن أصبح من غير الميسور على القضاء العام فى الدولة أن يفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى وقت قصير ، وبعد أن تعقدت شئون الحياة ، وزادت مشاكلها ، حيث يلجأ أطراف العقود التجارية إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها – وفى مدة قصيرة ، تجعلهم يتفرغون لتجارتهم ، بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، لمدد قد تصل فى بعض الأحيان إلى عدة سنوات [١] .

فقد يطول نظام التقاضى داخل الدولة بشكل لاتحتمله طبيعة التجارة ، والتى تحسب حسابا لثمن الساعة ، والدقيقة ، والثانية . فالدعوى أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الإبتدائية ، والمحكمة الإستئنافية ، ومحكمة النقض ، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ ، كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [٢] .

وعلى العكس من ذلك ، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات ، هى العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٣] .

---

[١] وإن كانت ميزة نظام التحكيم فى توفير الوقت قد لاتتوافر فى بعض الأحيان ، لأن قضايا التحكيم قد يطول فى بعض الأحيان نظرها إلى بضع سنوات .

[٢] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – ص ١١٨ ، أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٦٥ .

[٣] وتشترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين أن يتنازلا مقدما عن كل طريق للطعن فى حكم التحكيم ، يمكنهم التنازل عنه مقدما ، أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم

وقد لاتتوافق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - مع متطلبات المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها حيث أن طبيعة هذه المعاملات التجارية تتطلب الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **والتى يمكن أن تنشأ بمناسبتها** - فى سرية ، أو بأقل قدر ممكن من العلانية ، والنشر ، حيث أن هذه السرية تعد فى الواقع إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ، ذات السمعة العالمية ، والشهرة الكبيرة ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساسا على الثقة فيها ، والبعد عن المشاكل . والإعلان ، والنشر الازمين لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة يكونان بمثابة أضرار بالغة فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الأطراف ذوى الشأن ، وحجم النزاع ، ومقدار الأموال التى يتعلق بها .

فيحقق نظام التحكيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكون جلساته سرية ، ويتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] . فلا تجد مايتم خلال جلسات التحكيم من مناقشات ، وأوجه دفاع سبيلا إلى النشر ، والعلانية ، مالم يرغب أطراف التحكيم ذلك ، محافظة منهم على أسرارهم ، والتى قد يكون لهم مصلحة فى عدم إذاعتها . إذ لاتوجب النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن تكون جلسات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علنية . بعكس الحال بالنسبة لجلسات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وأحكامه

---

(١) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٧ .

القضائية ، الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها بين الأفراد ، والجماعات ، إذ الأصل فيها العلانية .

فالتحكيم - كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - يسمح بأن يحتفظ بالأسرار العائلية ، وأسرار الأعمال ، حيث يحفظ أسرار الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - شرطا كان ، أم مشارطة - فلا يضطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحامون المدافعون عنهم ، وهؤلاء يلتزمون بالمحافظة على أسرار المهنة ، فلا يمكن لهم أن يذيعوا موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه ، وتفاصيله . ولذلك تحرص الأطراف المتعاقدة فى المسائل التجارية على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - أو على الإلتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم - كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمة تحكيم لندن ، وغيرها من المراكز المتخصصة - لتشكيل هيئة تحكيم ، تتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفة سرية ، وعند نشر المبادئ القانونية الخاصة بحكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يراعى الإقتصار على ذكر المبادئ القانونية التى يثيرها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون ذكر أسماء الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو قد تنشر أسماؤهم ، إذا أذنوا هم فى ذلك [1] .

---

(١) فى بيان دور نظام التحكيم فى الحفاظ على سمعة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وأسرار معاملاتهم ، أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم - جامعة الكويت - كلية الحقوق - ١٩٩٢/ ١٩٩٣- ص ٤ ومابعدها .

ونظام التحكيم يتيح للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إنتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ممن لديهم الخبرة الكافية ، والتكوين المهنى ، والتخصص فى الفصل فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد والجماعات [١] . حيث تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وفى الغالب من الأحوال** – متخصصة فى المنازعات التى يطلب منها الفصل فيها ، ولديها من الخبرة الفنية مايمكنها من ذلك ، دون حاجة إلى انتداب الخبراء ، كما يحدث عادة أمام جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة – **وذلك إذا عرضت مسألة فنية لايمكن للقاضى أن يبدى رأيه فيها** [٢] .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يمكنهم أن يراعوا عند اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم درجة التخصص المطلوبة فى موضوع النزاع ، وهذه ميزة قد لاتتوافر فى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، حيث ينظر القاضى العام فيها - **كقاعدة** - كل أنواع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات ، دون أن يكون متخصصا فى نوع معين منها . وبذلك ، يمكن عن طريق نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة من عدم التخصص فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات أو اعتمادهم بصفة مطلقة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعوى القضائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل . ولعل هذا مادفع ببعض الدول الحديثة إلى تشكيل المحاكم القضائية فى المنازعات

---

[١] أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ص ١٩٨ .

[٢] أنظر : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – بند ٢٧٤ ص ٢٦٦ .

التجارية التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات من التجار ، كما حدث بالنسبة لفرنسا [١] .

ونظام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى العلاقات الدولية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولية [٢] ، وزيادة عدد المشروعات ، والشركات الدولية ، لأنه بعرضها هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجه خاص لجنسية معينة ، للفصل فيه ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التى تصدرها فيما يعرض عليها من منازعات بين الأفراد ، والجماعات [٣] . وتدل التجربة على أن قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أيسر من قبولهم ، وتنفيذهم لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، نظرا لما تتمتع به أحكام التحكيم من ثقة فى مجال المعاملات الوطنية ، والدولية على حد سواء [٤] .

---

[١] أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٩ .

[٢] التجارة الدولية هى : نشاط يتعلق بالتداول الحر للثروات ، وعمليات الإنتاج ، بين حدود أكثر من دولة ، وقد ارتبط هذا النشاط إبتداء بالمبادرات الفردية للأشخاص ، ثم اعتمد فى الوقت الحاضر على قوة استغلال رأس المال الخاص الذى تحكمه قواعد المنفعة ، وتحقيق الربح ، أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر - ص ٥ .

[٣] أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٧ ومابعدها .

[٤] أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، محمد عبد الخالق عمر -- النظام القضائى المدنى - ص ٩٨ .

ويكاد يجمع فقه القانون الوضعى على أن غالبية منازعات عقود التجارة الدولية يتم الفصل فيها عن طريق الإلتجاء إلى نظام التحكيم [١] . **فهيئات التحكيم الدولية تعد فى الغالب هى القاضى الطبيعى للفصل فى المنازعات بين الأفراد** ، والجماعات ، والتى يمكن أن تنشأ فى نطاق عقود التجارة الدولية . لذلك ، كان طبيعيا أن يضع أنصار قانون التجارة الدولية أحكام التحكيم على رأس مصادر قانون التجارة الدولية [٢] .

فيسعى قضاء التحكيم دائما - **فى رأى البعض** [٣] - إلى إيجاد الحلول الذاتية التى تلاءم معاملات ، وعقود التجارة الدولية ، عن طريق إرساء بعض العادات ، أو القواعد التى لانظير لها فى الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - فهو يعطى فقوة للعادات المتبعة فى الأوساط** المهنية ، ويساعد على تحديد مضمونها . بل ، ويساهم فى خلق عادات جديدة ، عن طريق تكرار الحلول التى يعتمدها للمشاكل التى تصادف إبرام العقود الدولية ، بحيث يصير القانون الموضوعي للتجارة الدولية **- ومع مرور الزمن** - مستوحى **- وفي معظمه - من السوابق التحكيمية** ، التى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود [٤] .

ولايخفى مايؤدى إليه نظام التحكيم من المحافظة على حسن العلاقات بين الأفراد ، والجماعات . ذلك أن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وباتفاقهم على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم -

---

(١) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ .

(٢) أنظر : سلامة فارس عزب - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ٩١ .

(٤) فى اعتبار التحكيم الدولى مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية ، أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ومابعدها .

القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات " وأيا كان موضوعها " إلا ماا ستثنى بنص قانونى وضعى خاص – إنما يمنحون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – وفى بعض الأحيان ، وحسب مقاصدهم – إمكانية القيام بدور الوسيط ، أو الموفق ، وهو – أى نظام التحكيم – من هذه الوجهة ، يكون قريبا من نظام الصلح ، أو نظام التوفيق [١] ، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهم ، فهو ليس طريقا هجوميا وإنما هو أقرب إلى التفاهم بينهم [٢] ، فهم يتفقون على عرض موقفهم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبعد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تستمر العلاقات غالبا بينهم على الأساس الذى قدرته هيئة التحكيم . وعلى العكس من ذلك ، فإنه وعند عرض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات على القضاء العام فى الدولة الحديثة ، للفصل فيها ، قد تستخدم بعض أساليب الكيد بين الأطراف المتنازعة ، وتنتهى المسألة إلى حد الاعودة للعلاقات بينهما . ولذلك ، يقول البعض إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحات القضاء العام فى الدولة الحديثة وهم ينظرون إلى الوراء . بينما يتوجهون إلى نظام التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام [٣] .

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris . P . 29 et s .

(٢) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٨ .

(٣) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٩

وعادة ما يكون نظام التحكيم قليل النفقات [١] ، والإلتجاء إليه للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات يعد استثناء روعى فيه تحقيق الرغبة فى تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عند التجائهم إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، للفصل فى منازعاتهم [٢] .

فنظام التحكيم لايتطلب رسوما ، أو أتعاب محامين ، كما فى إجراءات التقاضى أمام القضاء العام فى الدولة المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وفى كل درجة تؤدى مصاريف ورسوم ، وأتعاب محاماة ، وغير ذلك من النفقات . فضلا عن طول الإنتظار ومايصحبه من تدهور قيمة النقود .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد تعفى من الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى ، والحكم بمقتضى قواعدالعدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولة الحديثة عند تحديده للقانون الوضعى على موضوع النزاع المعروض عليه ، للفصل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم ، فلا تتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضى ، وبالقواعد الآمرة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم عادة .

وإذا لم يقيد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ .

(٢) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ط٢ – ١٩٢٧ – مطبعة كلية الآداب بالقاهرة – بند ٩٤١ ص ٧٣٠ ، ٧٣١ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – ١٩٥٧ – مكتبة الآداب بالقاهرة – بند ٢٣٦ ص ٢٩٠ ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٨ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

قانون وضعى معين ، تطبقه على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فإنه يمكنها أن تختار القانون الوضعى الذى تراه ملائماً فى هذا الشأن لكى يحكم موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وإجراءات التحكيم .

بل ولقد وصل الأمر - **وفى بعض الأحيان** - إلى تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية - **والتى لاتخص دولة معينة** - والتى تسير عليها المعاملات الدولية ، دون أن تكون لها صفة إلزامية .

وفى بعض الأحيان تطبق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قواعد العدالة ، ومايستوجبه ضميرها ، دون أن يكون منصوصاً عليها فى قانون وضعى معين ، ينتمى لدولة معينة .

وهكذا ، فنظام التحكيم يوفر للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مزاياه المؤكدة ، والتى تعجز محاكم القضاء العام فى الدولة عن توفيرها لهم ، مع عدم إهماله للضمانات ، واعتبارات الأمن المرعية من تلك المحاكم [١] .

وبالرغم من ذلك ، فقد عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلى حرمان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الضمانات التى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وقلة خبرة هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن خبرة القاضى

---

(١) فى بيان المزايا الأخرى للتحكيم ، أنظر :

DAVID (R .) : Arbitrage du XII et arbitrage du XX siecle . Melanges offerts a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 . P. 219 et s .

وانظر أيضا : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - المقدمات ، ثروت حبيب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ص ٨ ومابعدها .

العام فى الدولة الحديثة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكـــثرة نفقـــات نظام التحكيم [١] .

موضوع الدراسة :

موضوع نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعـــات بيـــن الأفـــراد والجماعات** - يحتاج إلى دراسة متأنية ، ومتخصصة ، لإجـــلاء الغمـــوض الذى يكتنف بعض جوانبه ، تتعرض بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحـــة أمام فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى العديد مـــن القضايـــا والمشكلات العملية التى قد تمس موضوع التحكيم فى الصميم . وخاصـــة ، أن العديد من جوانب نظام التحكيم توجد بشأنها اختلافات فى وجهات النظـــر فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفقـــه القانون الوضعى المقارن ، منها مايتعلق بطبيعة نظام التحكيم القانونية ، لمـــا قد أثير من جدل فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هـــذا الشأن ، وتعدد مذاهبه . فمن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة التعاقدية ، لأنه يتم بارادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " ، ولأن لهذه الإرادة سلطانا فى شأن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واختصاصاتها ، وفى شأن تطبيقـــها لقواعد القانون الموضعى ، أو لقواعد العدالة على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وفى شأن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى شأن إمكان تنازل الأطراف المحتكميـــن

---

(١) فى بيان عيوب نظام التحكيم ، أنظر : **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائيـــة ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عـــين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، **إبراهيم أحمد إبراهيم** - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - ص ١٥ - الهامش رقم (٤) ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٣ ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨ ص ١٢ ، ١٣ .

" أطراف الإتفاق على التحكيم " عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ومن قائل أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء .

ومن قائل أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة .

ومن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة القضائية ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - من حيث آثاره ، ونفاذه وإجراءاته - وحكمه يطعن فيه فى كثير من النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - كما يطعن فى الأحكام القضائية الصادرة من جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام القضائية .

كما تعددت وجهات النظر فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن بشأن طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - والمثار عند مخالفة قواعد الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة .

وكثيرا مايؤدى الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص إلى إثارة العديد من المشكلات العملية ، حيث يجب أن ينصب رضاء الأطراف ذوى الشأن حقيقة ، ومن غير لبس ، أو غموض على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، دون غيره من النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به فى

الممارسة العملية - كالخبرة ، والصلح ، والوكالة ، وغيرها - والتعـــرض بالبحث ، والتحليل لمختلف المعايير التى اعتمدها فقـــه القـــانون الوضعـــى وأحكام القضاء المقارن ، من أجل الوصول إلى معيار ، وإن لم يكن حاســـما للتمييز بين تلك الأنظمة القانونية المختلفة . ومنها ، نظام التحكيم ، فإنـــه - وعلى الأقل - يضع حدا للمشكلات العملية التى ظهرت فى هذا الشأن .

كما يثير الحديث عن السلطة ، والأهلية اللازمتين للإتفاق على التحكيـــم - شرطا كان ، أم مشارطة - العديد من المشكلات العملية . وبصفة خاصـــة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن .

ويؤدى الحديث عن المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التـــى يجـــوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، والمنازعات التى لايجـــوز أن تكـــون موضوعا لاتفاقات التحكيم - والتى تقوم فى مجموعها على حظر الإلتجـــاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالنظام العام فى الأنظمـــة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إلـــى التعـــرض لاجتهاد أحكام القضاء المقارن ، لإعطاء فكرة النظام العام فى نطـــاق نظـــام التحكيم مفهوما معينا - والذى ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى .

كما أن الحديث عن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النـــزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتفاق التحكيـــم المبـــرم بيـــن الأطـــراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - شرطا كـــان ، أم مشـــارطة - كأحد أركانه ، وشروط صحته يثير العديد من المشكلات العمليـــة التـــى قـــد تحدث بمناسبة النصوص القانونية التى وردت فى الأنظمة القانونية الوضعيـــة - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - والمنظمة لكيفية إجراء هذا التعييـــن وجزاء تخلفه ، أو حدوث عائق يحول دون تكوين هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو قيامها بمباشرة مهمـــة التحكيم المعهود بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علـــى التحكيم " ، ومدى سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة فى المســـاعدة فـــى

تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند وجود عائق من العوائق المشار إليها ، وحدود تلك السلطة ، وتفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لنطاقها .

لأجل ذلك – **وبالرغم من أن موضوع التحكيم قد تناولته العديد المؤلفات القانونية من زوايا مختلفة** – إلا أننا وجدنا أن ذلك لايحول دون تناول موضوع التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، تحقيقا لمزيد من الفائدة العملية ، والتى أرجو أن يوفقنى الله – **تبارك وتعالى** – **إلى تحقيقها .**

وأود التنويه إلى أن مجال هذه الدراسة المقارنة لأركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته سوف يقتصر على اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة والخاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " **المصرى ، أو الفرنسى المقارن** " . بمعنى ، العلاقات الداخلية التى اتفق على إخضاعها لقواعد التحكيم داخل الدولة ، بالتطبيق لقواعد الإجراءات الوطنية ، أى العلاقات الوطنية البحتة بمختلف عناصرها ، سواء من حيث أشخاص العلاقة ومحلها ، وسببها . والتى مؤداها ، إلتجاء أطراف وطنية إلى تحكيم يتم داخل الدولة ، وبالتطبيق لأحكام القانون الوطنى ، ويسفر عن صدور حكم تحكيم يكون محلا للتنفيذ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو قواعد أحكام القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم – **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .**

ومن ثم ، فإنه يخرج عن مجال هذه الدراسة ، التحكيم الدولى واتفاقات التحكيم التى لاتكون خاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " **المصرى ، أو الفرنسى المقارن** " ، أى اتفاقات التحكيم التى لاتكون وطنية بكافة عناصرها .

تقسيم الدراسة :

لقد سلكنا فى هذه الدراسة مسلكا يتفق وتحقيق الغاية المرجوة منها ، **فقد** قسمتها إلى أربعة أبواب :

الباب الأول :

التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره .

الباب الثانى :

التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى .

الباب الثالث :

الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى .

والباب الرابع ، والأخير :

الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وأخيرا أنهينا موضوع الدراسة بخاتمة ، بينا فيها ماتوصلنا إليه من نتائج من خلال دراستنا لموضوع إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، وما نرى تقديمه من مقترحات تكون لازمة للإصلاح التشريعى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

أسأل الله تعالى التوفيق ، والسداد ، إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ، ونعم النصير .

المؤلف ....

الباب الأول
التعريف بنظام التحكيم
وبيـــان عناصـــره

تمهيد ، وتقسيم :

نظام التحكيم هو أداة فعالـة للفصـل فـى المنازعـات بيـن الأفـراد والجماعات ، بدلا من القضاء العام فى الدولة الحديثـة ، صـاحب الولايـة **العامة** ، **والإختصاص** بالفصل فى **جميع منازعاتهم** - **وأيا كان موضوعـها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، لأن مهمة التحكيم يتم إسـنادها إلى أفراد عاديين ، أو أشخاص غير قضائيـة ، يطلـق عليـهم : " **هيئـة التحكيم** " ، ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم انطلاقا من الثقة التى يتمتعون بها ، فى قدرتهم على حسـم الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفنى ، والذى قـد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم ، والفصل فيها .

ونظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات تنظيـم مهمـة الفصـل فـى منازعاتهم التى نشأت بالفعل ، أو التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل " **القائمـة والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملـة** ، **وغـير المحـددة** " **شـرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " دون حاجة إلى الإلتجـاء إلـى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولايـة العامـة ، والإختصـاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنـص قانونى وضعى خاص ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته .

ولأجل ذلك ، فإننا سوف نقسم الباب الأول من الدراسة إلى فصلين متتاليين ، على النحو الآتى :

الفصل الأول :

تعريف نظام التحكيم .

والفصل الثانى :

عناصر نظام التحكيم .

وإلى تفصيل هذه المسائل :

الفصل الأول
التعريف بنظام التحكيم

تقسـيم :

إذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، أو نظاما خاصا للتقاضى فى منازعات معينة . بموجبه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليست لهم سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة " **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** بسلطة الفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إلى نظام التحكيم والتى تحددها الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – عادة فى قوانينها الوضعية المختلفة ، فإنه يكون بذلك نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **كالقضاء العام فى الدولة الحديثة ، والصلح** .

وإذا ماكان هناك اتفاقا حول اعتبار نظام التحكيم وسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، يحل فيها حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – محل الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة فى تحقيق الحماية القانونية للحق ، أو المركز القانونى المتنازع عليه ، إلا أن فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن مع ذلك لم يتفقا حول تعريف موحد لنظام التحكيم ، فقد تعددت أقوالهما فى هذا الشأن [1] ، بل وامتد الخلاف إلى طبيعته القانونية .

---

(١) فى تعريف نظام التحكيم ، أنظر :

GARSONNET et CEZ – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . Sirey . 3e ed . 1925 . T. VIII . N. 220 . P. 450 ; JAPIOT (R .) : Traite de procedure civile et commerciale . 1930 . N. 976 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite de procedure civile . T . V . Sirey . 1936 . N. 1301 . P . 307 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de : J . VINCENT , L. G. D. J . Paris . 1965 . P . 9 ; J . ROBERT : Arbitrage civile et commercial . 4e ed . Paris . Dalloz. 1967 . P. 8 , 5e ed . 1990 . P. 9 ; J. ROBERT et B . MOREAU : L'arbitrage . Droit interne et Droit internationale prive . 6e ed . Dalloz . 1993 . N . 1 . P. 3 .

وانظر أيضا : محمد حامد فهمي – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – ط٢ – ١٩٥٢ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة – بند ٥٣ ص ٤١ ، عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد – ط١ – ١٩٥٧ – مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة – ص ٦٣ ، ثروت حبيب – دراسة فى قانون التجارة الدولية – ١٩٧٤ – دار الإتحاد العربى للطباعة بالقاهرة – ١٩٧٤ – بند ٤٩ ص ١٠٢ ، وجدى راغب فهمى – التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى – المقالة المشار إليها – ص ٢ ، التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر – ص ١٣٠ ، أحمد أبو الوفا – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٦ – ١٩٧٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٠٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١ ص ١٥ ، سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٥ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – القواعد العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٣ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢/٧ ص ٢٠ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ١٩٨١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠ ص ١٩ ، إسماعيل أحمد محمد الأسطل – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩ ، محمد سلام مدكور – القضاء فى الإسلام – بدون سنة نشر – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٣١ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١١ ، فتحى والى –

تعريف فقه القانون الوضعي المقارن لنظام التحكيم :

إقترح فقه القانون الوضعي المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم . فقد عرفه جانب منه بأنه : " الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه . وقد يكون الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ، ويسمى عندئذ : " مشارطة التحكيم Compromis . وقد يتفق ذوو الشأن مقدما ، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل . خاصة ، بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الإتفاق عندئذ : " شرط التحكيم Clause compromissoire [(١)]

الوسيط في قانون القضاء المدني – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٩ ص ٣٨ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ، أحمد محمد مليجي موسى – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام القضاء – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ص ٢٠٦ ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي – ١٩٩٤ – دار الفكر العربي بالقاهرة – ص ٨٥ ، مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – دراسات خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١ ، ٢ ص ٥ ، ٦ ، أشرف عبد العليم الرفاعي – النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " دراسة في قضاء التحكيم " – رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٧ – ومنشورة سنة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١ ، ٢ .

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . 1965 . P . 9 , 10 ; **ROBERT (J .) et MOREAU (B .)** : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5e ed . Dalloz . 1983 . N. 1 ; VINCENT (J.) , GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions . 3e ed . 1991 . P. 27 .

وقارب في فقه القانون الوضعي المصري : محسن شفيق ، أحمد أبو الوفا ، محمود محمد هاشم ، أحمد ماهر زغلول ، أشرف عبد العليم الرفاعي – الإشارات المتقدمة .

بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن نظام التحكيم - وبحق - بأنه : **" الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائي العام "** [1] .

فالمشرع الوضعي الإجرائي - **وهو يعمل في مجال الحقوق الخاصة** - رأى من الملائم أن يكون أكثر تسامحا مع الأفراد ، والجماعات ، فأتاح لهم - **وعن طريق الإتفاق على التحكيم** - إتباع طريقا إجرائيا خاصا بنزاعهم فلايفصل فيه قاض محدد مقدما - **وفقا لقواعد الإختصاص القضائي المقررة قانونا لذلك** - وإنما فردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا للفصل في هذا النزاع وحده ، بحيث تنتهي مهمتها بالفصل فيه ، ولايتقيد نظره بالإجراءات ، والأشكال المحددة سلفا بقواعد محددة ، وإنما يترك لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إتباع الإجراءات التي تراها في نظر هذا الموضوع ، بشرط احترام الضمانات الأساسية للتقاضي . **وأهمها :** إحترام حقوق الدفاع للخصوم ، وإعمال مبدأ المواجهة في الإجراءات بينهم وهذا هو المقصود بالطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فهو ليس طريقا معدا مقدما للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وإنما هو طريقا

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمي - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - كلية الحقوق - جامعة الكويت - الدورة التدريبية للتحكيم - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ - ص ٣ . وقارب : علي بركات - خصومة التحكيم - بند ١٠ ص ١٤ . حيث يعرف سيادته نظام التحكيم بأنه : " نظاما خاصا للتقاضي ينظمه القانون الوضعي ، ويسمح بمقتضاه للخصوم - وفي منازعات معينة - بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة ، أو مستقبلة من ولاية القضاء العام في الدولة ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص ، أو أشخاص عاديين ، يختارهم الخصوم - كقاعدة - ويسندون إليهم مهمة الفصل في هذا النزاع ، بحكم ملزم " .

مفصلا عضويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " [1] .

ولذا ، فإن القواعد الواردة فى باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو الواردة فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لاتتضمن تحديدا لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بيانا تفصيليا لإجراءات خصومة التحكيم ، وإنما تقتصر على وضع إطار عام للطريق التحكيمى ، يبين شروط اتباعه ، ووسائل رقابته ، بواسطة القضاء العام فى الدولة الحديثة .

أما إجراءات التحكيم ذاتها ، فتكتفى بمعالمه الأساسية ، بحيث أن ما نصت عليه القوانين الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - بشأن إجراءات خصومة التحكيم من قواعد تمثل الحد الأدنى لمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى ، فضلا عن بعض القواعد المكملة لإرادة الأفراد والجماعات ، والتى ترمى إلى تيسير إعمال الطريق التحكيمى [2] .

وإذا كانت المهمة الأولى لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية هى تنظيم حماية القضاء العام فى الدولة للحقوق ، والمراكز القانونية الناشئة عن المعاملات الخاصة بين الأفراد ، والجماعات ، فإنه يحدد بذلك الطريق القضائى العام للفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذه الحقوق ، والمراكز القانونية . فهو يحدد عن طريق قواعد الإختصاص القضائى العامة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى تدخل فى نطاق سلطة كل محكمة .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٤ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

كما يحدد عن طريق قواعد التقاضى : الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق النزاع ، والفصل فيه .

وهكذا ، بحيث يلزم للفصل فى أى نزاع بين الأفراد ، والجماعات الخضوع لهذه القواعد العامة ، فيرفع النزاع إلى المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، كما تتبع بشأنه إجراءات التقاضى المحددة مقدما بواسطتها .

ولكن ونظرا لأن هذا الطريق القضائى العام قد لايكون ملائما للفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإن القوانين الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - ترسم أحيانا طرقا خاصة للفصل فيها تجدها أكثر ملائمة ، مثل نظام التحكيم ، والذى يعمل فى مجال الحقوق والمراكز القانونية الخاصة ، ويتيح للأفراد ، والجماعات إتباع طريق إجرائى خاص بمنازعاتهم ، إلا أن هذه النظم الإجرائية الخاصة تظل خاضعة لقواعد مجردة ، تنطبق على طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ولايميزها عن النظام الإجرائى العام ، سوى نطاقها المحدود ، والخاص [1] .

وقد عرف التحكيم التجارى الدولى بأنه : " **إتفاق بين طرفين يرد بشرط فى العقد الأصلى ، أو بعقد مستقل ، ويتضمن إحالة نزاع محتملا الوقوع بينهما إلى هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على** تعيينه فى هذا الشرط ، أو وفق قواعد تضعها هيئات ، ومراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أو يترك أمر تعيين هذه القواعد من قبل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أنه - وفى بعض الأحيان - قد يترك لهذه الهيئة أمر الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفق قواعد العدالة - والتى لاتنتمى إلى دولة معينة - بما يعنى أنها غير مقيدة بأية قواعد ، سواء فى إجراءات التحكيم

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - ص ٣ .

أو فى موضوع النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم " (١) .

تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم :

أولا :

تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم (٢) :

وضع المشرع الوضعى الفرنسى تنظيما للتحكيم الداخلى فى فرنسا فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، فى المواد (١٤٤٢) ومابعدها – **والمضافة إلى مواد التحكيم الأخرى فى مجموعة المرافعات الفرنسية بمقتضى المرسوم رقم (٨٠ – ٣٥٤) ، والصادر فى (١٤) مايو سنة ١٩٨٠ والذى أضاف كتابا رابعا خاصا بالتحكيم إلى مجموعة المرافعات الفرنسية** – بعد أن ألغى النصوص القانونية الوضعية التى كانت تنظمه فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة (٣) .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . N . 2 ; DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1982 . Paris . P . 9 .

وقارب : أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٠١ .

(٢) فى إصلاح المشرع الوضعى الفرنسى للنصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . arb . 1980 . P. 58 . note . 7 ; ROGER PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code de procedure civile . Rev . arb . 1980 . P. 642 et s .

(٣) فى استعراض نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . P . 854 et s .

وبالنسبة للتحكيم الدولى فى فرنسا ، ففـــى ســنة (١٩٨١) - وبمقتضـــى المرسوم رقم (٨١) - ٥٠٠ ، والصادر فى مايو عام ١٩٨١ - أضيــف للكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى مجموعـة المرافعــات الفرنســية بابين جديدين :

الباب الأول :

خاصا بالتحكيم الدولى ، وهو الباب الخـامس " المــواد (١٤٩٢) - (١٤٩٧) .

والباب الثانى :

خاصا بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فـــى مــواد التحكيم الدولى ، وطرق الطعن فيــها ، وهــو البــاب الســادس " المــواد (١٤٩٨) - (١٥٠٧) "[١] .

وقد عرفت المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية شــرط التحكيم بأنه :

" إتفاقا يتعهد بمقتضاه الأطراف فـــى عقــد مــن العقــود بإخضــاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل للتحكيم " .

بينما عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنســية مشــارطة التحكيم بأنها : **" إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينــهم بــالفعل لتحكيم شخص ، أو أكثر " .**

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريــة - ص ٣٦٨ ومابعدها .

[١] أنظر ملحقا لهذه النصوص فى :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 861 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . 1983 . Joly . Paris . P. 496 et s .

ثانيا :

تعريف القانون الوضعى المصرى لنظام التحكيم :

صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] ، ويعمل بأحكامه على كل تحكيم يكون قائما وقت نفاذه ، أو يبدأ بعد نفاذه ، ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون " **المادة الأولى من مواد الإصدار** " [٢]، [٣]

وقد ألغى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية نصوص التحكيم التى كانت قد وردت فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ التحكيم " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " ، حيث نص فى المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه :

" تلغى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، كما يلغى أى حكم مخالف لهذا القانون " .

---

(١) والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٦) " تابع " ، فى ١٩٩٤/٤/٢١ ، ويبدأ العمل به إعتبارا من ١٩٩٤/٥/٢٣ " المادة الرابعة من مواد الإصدار " .

(٢) فى دراسة تفصيلية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٢ ومابعدها .

(٣) راجع ملحقا لبعض التشريعات العربية ، والدولية لنصوص التحكيم : أحمد أبو الوفا – التحكيم فى القوانين العربية – ط١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٣١ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ص ١٧٥ وما بعدها .

وتنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " [١] .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية **يسرى على مايأتى :**

(أ) التحكيم الداخلى :

وهو يجرى بالضرورة فى مصر .

(ب) التحكيم الدولى :

وفقا لمعيار دولية التحكيم المنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ولو كان هذ التحكيم يجرى فى مصر .

(ج) التحكيم الدولى :

---

[١] فى استعراض نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٠٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ص ٣١٢ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٦٣ ومابعدها .

وفقا للمعيار القانوني ، إذا كان التحكيم يجرى فـــي خـــارج مصـــر ، بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه لقانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما يسرى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم إختيارى ، مهما كانت الطبيعـــة القانونية لأطرافه . بمعنى ، أن قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايسرى فقـــط علـــى التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الخاص – **سواء كـــان الشـــخص طبيعيا ، أم اعتباريا** – بل يسرى على التحكيم بين شخص خاص ، وشـــخص عام ، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامين .

وقد حددت المادة الأولى من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية طبيعة الـــنزاع الـــذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكامه ، فيخضع للتحكيم أى نـــزاع – **وأيـــا كـــانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها** – إلا أن هذا الحكم يكون مقيدا بمـــا تقضى به المادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بأنه :

" **لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

فالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – وفقـــا لأحكـــام القـــانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية يكون جائزا سواء فى العقـــود المدنيـــة ، أو فـــى العقود التجارية ، أو فى العقود الإدارية ، ولو كان النزاع ناشئا عن علاقـــة قانونية غير عقدية . ذلك أن الإتفاق على التحكيم يمكن أن يكون سابقا علـــى نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " – **سواء كان مستقلا بذاته ، أم ورد فى عقد معين** – كمـــا يجـــوز أن يقـــوم الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع بين الأطـــراف المحتكميـــن " أطـــراف

الإتفاق على التحكيم " ، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء العام فى الدولة " المادة (٢/١٠) **من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** "[1]
وقد أجاز قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ، ونظم الشروط الخاصة بصحة الإتفاق على التحكيم ، وتطلب لإثباته أن يكون مكتوبا ، وعدد الشروط الازم توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . **كما بين مدى التزامهم بالحكم فيه ، وطريقة** عزلهم ، وأسباب ردهم . وتضمن تنظيما لإجراءات الخصومة فى التحكيم يتبع إذا لم يوجد اتفاقا مخالفا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وتنص المادة السادسة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على امكان اتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إخضاع علاقاتهم القانونية لأحكام عقد نموذجي ، أو اتفاقية دولية ، أو أية وثيقة أخرى . وعندئذ ، تسرى أحكام التحكيم الواردة فى هذا العقد ، أو تلك الإتفاقية ، أو الوثيقة على التحكيم الذى يجرى بين أطراف هذا الإتفاق . مما يعنى ، عدم

---

(١) فى بيان نطاق سريان قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - سواء من حيث الزمان ، أو من حيث المكان - أنظر : **عادل محمد خير** - مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٦ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها ، **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٤ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٦ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

تطبيق نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

ويقوم قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على الأسس الآتية :

الأساس الأول :

السير فى ركب الإتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى :
بتشجيع الإستثمارات الأجنبية فى مصر .

الأساس الثانى :

إحترام إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بإفساح الحرية لهم ، لتنظيمه بالكيفية التى تناسبهم ، والإتفاق على كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتسميتهم ، واختيار القواعد التى تسرى على إجراءات الخصومة فى التحكيم ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغة التى تتم بها عمليات التحكيم .

الأساس الثالث :

إستقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

بتخويلها الإختصاص بنظر طلبات رد أعضائها ، والفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، وحظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالطرق المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، للطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٠ ص ٣٠ ، ٣١ .

الأساس الرابع :

التيسير على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

فعند عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق ، أو عدم قيامه بتعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين ، أو تحقق مانعا ، أو ظرفا من جانب أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو أحدهم - **كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل ، أو امتناع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن اختيار المحكم الثالث** ، أو تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم أو بعضهم** - إذا امتنع واحدا منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، فإن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نص فى المادة (١٧) منه - **والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - على أنه :

" ١ - لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، وتولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب - فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد

الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ - وإذا خالف أحد الطرفان إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على من يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ - وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، **والتجارية قد تضمن حالات تدخل** القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . **وهذه الحالات هى [1] :**

الحالة الأولى :

عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثانية :

إمتناع أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم .

---

(1) فى بيان حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ومايليه ص ١٤٠ ومابعدها .

الحالة الثالثة :

عدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين - والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - على اختيار المحكم الثالث ، والذى يرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالة الرابعة :

إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع **الإتفاق على التحكيم المتفق عليها .**

والحالة الخامسة :

إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والحالات المتقدمة - **والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم لم ترد فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية** والتجارية على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

ومن ثم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا حدثت أية صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان ذلك راجعا لأحد الأطراف

---

[1] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٥٠ ص ١٤٢ .

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كان راجعا لأية ظروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [1] .

والأساس الخامس :

السرعة فى إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] .

وبجانب القواعد القانونية العامة الواردة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والمنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه - فإنه توجد قواعد قانونية خاصة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر . فقد نصت المادة (٩٣) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١على نظام التحكيم فى منازعات العمل ، وهو تحكيما خاصا يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . كما تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك تنظيما خاصا للتحكيم الجمركى ، وهو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، كما تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (١١) لسنة ١٩٩١ - والمعدل - نظاما خاصا للتحكيم بين المموليين ، ومصلحة

---

(١) أنظر : على بركات - الإشارة المتقدمة .

(٢) فى بيان الأسس التى يقوم عليها قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٨ ومابعدها .

الضرائب على المبيعـات ، ولايسـرى عليـه قـانون التحكيـم المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة . إذ أن التحكيم المنصوص عليه فى قانون الضريبة العامة على المبيعات يعـد تحكيما ذو طبيعة خاصة ، وله نظاما قانونيا خاصا .

كما يخرج التحكيم الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة عن نطـاق قـانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . فقد تضمن القانون الوضعـى المصـرى رقـم (١٤١) لسـنة ١٩٩٤ بإصدار قانون إنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان النص علـى أن تنتخب لجنة البورصة بالإقتراع السرى فى أول اجتماع لها بعد انتخـاب الرئيس خمسة من أعضاء البورصة ، وتشمل منهم لجنـة تحكيـم القطـن . وتنتخب اللجنة كذلك عددا مماثلا - **كأعضاء إحتياطيين** - يحلـون - **عنـد الإقتضاء** - محل الأعضاء الأصليين المتغيبين ، أو الذين لهم مصلحـة فـى النزاع القائم . وتختص لجنة التحكيم - **باعتبارها مفوضة بالصلح** - بالفصل فى جميع المنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة - **شراء ، أو بيعـا** ، أو **تسليما للقطن** - وفقا للقواعد المنصوص عليها فى هذا القـانون ، ولائحتـه التنفيذية [١] .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت علـى الإنضمـام إلـى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرهـا مؤتمـر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى - والمنعقد فى نيويورك فـى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨ - وقد وافقت

---

(١) فى بيان ذلك بالتفصيل ، واستعراض العديد من القواعد القانونية الخاصة التى تنظـم بعضـا مـن التحكيمات الخاصة فى مصر ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٥ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضـاء ، والتشـريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٧ ومابعدها ، ص ٢٨٥ ومابعدها .

مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السـيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت علـى الإنضمام إلـى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرهـا مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى – **والمنعقد فى نيويورك فـى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨ – وقـد وافقت** مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السـيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ ، وأودعت وثيقة إنضمامها لدى سكرتارية الأمم المتحدة فـى ١٩٥٩/٣/١٦، بـدون أى تحفظ [١] .

وقد كانت المادة (١/٥٠١) مـن قـانون المرافعـات المصـرى الحـالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ [٢] – **والملغاة بواسطة القانون التحكيم المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة** – تنص على أنه :

" ويجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيـم خاصـة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ مـن تنفيـذ عقد معين " .

وجاء قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى المواد المدنية ، والتجارية – **والذى ألغى نصـوص التحكيم التى كـانت**

---

(١) الجريدة الرسمية – فى ١٩٥٩/٢/١٤ – العدد رقم (٢٧) .

(٢) القانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـة – الباب الثالث من الكتاب الثالث " التحكيم فى المـواد المدنيـة ، والتجاريـة " فى المـواد (٥٠١) – (٥١٣) ، والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد (١٩) – الصادر فى (٩) مايو سنة ١٩٦٨ .

واردة فى قانون المرافعات المصرى ، فى المواد من (٥٠١) - (٥١٣)

- وعرف نظام التحكيم فى المادة العاشرة منه بأنه :

" ١- إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين . وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون .

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءا من العقد " .

الفصل الثانى

عناصر نظام التحكيم .

النزاع هو مناط إلتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من التجائهم إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص [1] :

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

إختلف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .
فهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من يصورها - **أى المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** - تصويرا شكليا والذى يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة ، أم لا .
وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من صورها - **أى المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** - تصويرا موضوعيا حيث يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها .

---

[1] فى دراسة معيار النزاع كأحد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٨ ومابعدها .

فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " . بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من جمع بين التصوير الشكلى والتصوير الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

وأخيرا ، هناك من فقه القانون الوضعى المقارن من اعتبر أن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى . أو أن المنازعة تولد مركزا نزاعيا يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، ويجب إزالته .

وسوف أعرض بإيجاز لكل تصور من هذه التصورات التى قيل بها للتعريف بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، على النحو التالى :

الإتجاه الأول :

التصوير الشكلى لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن تقديم تعريفا شكليا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يعتمد على عناصر خارجية ، لاتعد من مفترضاتها .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هى التواجهية أمام القضاء **Debat contradictoire** ، التى تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة يعتمد على توافر هذا الشكل ، بغض النظر عن وجودها الفعلى ، أو الحقيقى . وإذا كان توافر هذا الشكل يعتمد على إرادة المشرع الوضعى ، بل وحتى

على إرادة المتقاضين أنفسهم . فإنه يترتب على ذلك ، أن وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ذاته يتوقف على هذه الإرادات .

فضلا عن أن الشكل ، والإجراءات هي من العناصر الثانوية ، والخارجية والعرضية ، فلا يمكن أن يستخلص من الشكل ، والإجراءات ، وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ، وإنما لأن هناك منازعة ، فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، وتطبيق هذه الإجراءات . فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة يسبق الشكل ، والإجراءات التي تنظر من خلالها ، وبواسطتها . ولذلك ، فإنه يلزم تعريفها مجردة عن هذا الشكل ، وتلك الإجراءات [1] .

فالتصوير الشكلي للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ، يتمثل في نظرهم في إجراءات الخصومة القضائية ، والتي تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية **contestation** ، أم لا .

الإتجاه الثاني :

التصوير الموضوعي لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة :

إتجه جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن نحو المنازعة ذاتها يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح في تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصي** " .

بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعي** " .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٩ ص ٢١ ، ٢٢ .

وتتمثل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تنازع بين إرادات **Conflit ou desaccord entre des volontes** ولقد نسبت هذه الإرادات إبتداء إلى أصحاب الحقوق ، والمراكز القانونية الذاتية . فيمكن تصوير المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة على أنها نزاعا بين أشخاص ، حول حقوق شخصية متعارضة . ومن ثم ، تتحلل إلى عنصرين : إدعاء يصدر عن إرادة ، يقابله خضوع من الإرادة المقابلة . ومحصلة ذلك ، هو وجود إرادتين فى حالة صدام **Deux volontes en lutte** . ويترتب على ذلك ، عدم اعتبار النيابة العامة ، وجهة الإدارة فى الدعاوى الجنائية ، والدعاوى القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية خصوما فى منازعة ، طالما أنهم لايدافعون عن حق شخصى ، أو مركز قانونى ذاتى [1] .

فيمكن التركيز على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة العنصر الأساسى فى تعريفها . فتتضمن المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة إدعاءين متعارضين ، وهى تتواجد لحظة أن يتوافر هذا المضمون ، دون اشتراط شروطا خاصة فى شخص من تصدر عنه ، أو فى طبيعة المصلحة التى يدافع عنها ، فكل هذه الشروط لاتؤثر فى وجود المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنما تلزم فقط لتحديد

---

[1] فى دراسة الإتجاهات الموضوعية فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، ونقدها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٩١ – المكتبة القانونية بالقاهرة – ص ٤٤ ، ٤٥ ، أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٠ ص ٢٢ ، ٢٣ .

التشكيلات القضائية المختصة بالفصل فى النزاع . وكذلك ، الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره ، والفصل فيه [(١)] .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل إدعاءات متعارضة ، تمثل نزاعا حقيقيا بين الإرادات ، الأمر الذى يعكر السلام الإجتماعى .

ويكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى ، أو المساس بها بسبب موقف معين من خصمه – **سواء كان هذا الموقف إيجابيا ، أم سلبيا** – مما يعطل ممارسة الحق ، أو المركز القانونى ، أو أن مجرد وجود الشك **يؤدى إلى شبهة المنازعة ، فيتدخل القضاء العام فى الدولة لإزالة هذا الشك .**

وفقه القانون الوضعى المقارن الحديث نسبيا قد اكتفى بمجرد وجود نزاع Litige حول مصلحة معينة ، ولو لم تصل إلى حد المنازعة حول مركزا قانونيا معينا .

فالنزاع بصفة عامة ، وفكرته على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو :

عبارة عن تنازع فى المصالح ، يتخذ شكل تنازع بين إرادتين ، إدعاء من جانب ، يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومة صور الإعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها ، وتظهر هذه المقاومة فى مجرد معارضة .

وبذلك ، تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشلت فى حل النزاع ، مما يتطلب تدخل القضاء العام فى الدولة للفصل فيه بشكل عادل ، وفقا لأحكام القانون الوضعى [(٢)] .

---

(١) فى الإعتماد عل مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، باعتباره العنصر الأساسى فى تعريفها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١١ ص ٢٣ ، ٢٤ .

الإتجاه الثالث :

المزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن يجمع فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة بين المذهبين الشكلى ، الموضوعى . **فالمنازعة فى تصورهم تتحلل إلى عناصر ثلاثة :**

العنصر الأول :

تعارض بين ادعاءات خصمين .

العنصر الثانى :

قبول أطراف المنازعة الحل السلمى ، عن طريق عرضها على القضاء العام فى الدولة .

والعنصر الثالث :

قاضيا عاما ، ينتمى إلى السلطة العامة ، وتنحصر مهمته فى التوصل إلى حل سلمى لها .

والعناصر الثلاث المتقدمة ينتظمها ضابطان :

الضابط الأول :

شكلى .

والضابط الثانى :

موضوعى .

ويتمثل الضابط الشكلى :

---

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم – الإشارة المتقدمة .

فى قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام فى الدولة ، وفى وجود القاضى العام ، لكى يفصل فيها .

أما الضابط الموضوعى فيتمثل فى :

تعارض ادعاءات الخصوم :

ولايكفى مجرد تعارض ادعاءات الخصوم ، وإنما يلزم أن يتخذ هذا التعارض شكلا معينا ، هو شكل المواجهة بين الخصوم أمام القضاء العام فى الدولة . فإذا ماتمثل النزاع فى هذا الشكل ، إستكملت المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة عناصر وجودها ، دون أن يؤثر فى ذلك صفة أطرافها ، أو طبيعة المصلحة التى يدافعون عنها ، أو الحقوق والمراكز القانونية محل التنازع ، فيستوى فى ذلك أن تكون حقوقا شخصية أو مراكز قانونية موضوعية [1] .

الإتجاه الرابع :

المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى :

المدار فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ومايترتب عليه من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلى تحقيق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تولد مركزا نزاعيا ، يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، يجب إزالته .

---

[1] فى عرض هذا الإتجاه ، ونقده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٢ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

ذلك أن نشأة المنازعة حول حق ، أو مركز قانوني ، أو حول أمر يتصل أو يتعلق بذلك ، يعني فشل الإرادات الفردية في التطبيق التلقائي للقانون الوضعي .

فالأصل أن القانون الوضعي يعتمد في نفاذه على التطبيق الإرادي للأفراد والجماعات الخاضعين لأحكامه ، ويعتمد هذا التطبيق على الرأي الذاتي لهؤلاء الأشخاص ، والذين يستخلصونه بمناسبة وقائع تعرض عليهم في مجرى حياتهم – سواء بأنفسهم ، أو بمعاونة المتخصصين في المعارف القانونية – فإذا اصطدم هذا الرأي الذاتي برأي ، أو سلوك صادر عن طرف آخر ، كان ذلك إعلانا عن فشل التطبيق التلقائي للقانون الوضعي لأن القانون الوضعي لايغلب – وبطريقة تلقائية – إرادة على إرادة . وعندئذ ، تثور الحاجة إلى التدخل القضائي ، ويتوافر شرط الإلتجاء إليه حيث تتحول الإرادة الذاتية إلى مجرد ادعاءات متبادلة ، ومتعارضة ، تطرح أمام القضاء العام في الدولة ، لترجيح بعضها على البعض الآخر .

ووجود هذه الإدعاءات المتعارضة ، يفضي إلى تجهيل الحقوق والمراكز القانونية محلها ، بل ويرتب تجهيلا لإرادة القانون الوضعي ذاته باعتباره في النهاية مصدرا لهذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

ووجود التجهيل في الحياة القانونية يهدد الإستقرار ، والذي يسعى إلى فرضه كل قانون وضعي .

فالإستقرار يعتمد في تحقيقه على اليقين ، يقين كل المخاطبين بالقواعد القانونية بالمراكز ، والحقوق التي ترتبها هذه القواعد ، وفي وجود التجهيل يضطرب اليقين ، فلايتحقق الإستقرار .

ويشكل التجهيل القانوني المتولد عن المنازعة عارضا من عوارض النظام القانوني الوضعي ، يقتضي مباشرة النشاط القضائي ، لإزالته ، تحقيقا لوظيفته في حماية النظام القانوني الوضعي .

فيمكن تحليل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيـــد القـــانونى بصفة خاصة إلى عناصر أساسية ثلاثة :

العنصر الأول :

يتعلق بأطرافها .

والعنصر الثانى :

يتعلق بمضمونها .

والعنصر الثالث :

يتعلق بأثرها .

فالعناصر الثلاث المتقدمة تشير إلى وجـــود تعـــارض فـــى الـــرأى الذاتـــى لشخصين ، أو أكثر من أشخاص القانون الوضعى ، يـــدور حـــول حقـــوق ومراكز قانونية ، ويؤثر سلبا فى النظام القانونى الوضعـــى ، عـــن طريـــق تجهيل هذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

وإذا كان عنصر الأثر يمثل شرطا مبدئيا لقبول الطلـــب القضـــائى ، وقيـــام التزام القضاء العام فى الدولة بنظره ، فإن العنصرين الآخريـــن يمثـــلان – كقاعدة – شروطا تنظيمية ، لتنظيم منح الحماية القضائية .

فتعيين جهة القضاء ذات الولاية بنظر المنازعة . وكذلك ، تحديد التشـــكيلات القضائية المختصة داخلها ، هى أمورا تتوقف على صفة أشخاص المنازعـــة وطبيعة المصلحة التى يدافعون عنها . وكذلك ، على مضمونها [1] ، [2] .

الحل المختار :

---

(١) فى عرض هذا الرأى ، وتأييده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحـــوز حجيـــة الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٥ ومايليه ص ٢٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مشكلة تجهيل النظام القانونى " أساسها ، ومظاهرها " ، أنظر : أحمد ماهر زغلـــول – أعمال القاضى التى تحوز حجية لأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ٤ ومايليه ص ١٥ ومابعدها .

بعد استعراض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقـــارن بشــأن تحديـد المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، فإننـــا نعتقد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فـــى النظام القانونى الوضعى المقارن ، بما تشكله من تجهيل بالحقوق ، والمراكـز القانونية للأفراد ، والجماعات ، هو الإتجاه الجدير بالتأييد ، لسلامة الأســاس القانونى الذى يستند إليه ، ومنطقية حججه ، وأسانيده من جانب ، وصعوبـــة التسليم بأى من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى على إطلاقـــها دون توجيه الإنتقادات التى توجه إلى الأفكار التى طرحتها ، ودافعت عنها .

فكل من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى قد اعتمـــدت علـــى أساس معين ، والذى انطلقت منه ، وبنت عليه رأيها . وكل أساس من هـــذه الأسس يدور حوله العديد من الإنتقادات .

ولانعتقد أن المجال يكون مناسبا لاستعراض هذه الإنتقادات ، لأننا لسنا فـــى هذا المجال فى مقام تقييم اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن فى تعريـــف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفـــة خاصـــة فـــى الأسس التى انطلقت منها ، وانبنت عليها .

فبعضا من هذه الإتجاهات فى تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتـــها على الصعيد القانونى بصفة خاصة قد انتهت إلى عدة نتائج ، مستخلصة مـــن تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـــانونى بصفـــة خاصة ، لاتتفق مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، واعتمدت عليـه بشكل رئيسى فى معالجة فكرة المنازعة ، وتحليل عناصرهـــا ، ومقومـــات وجودها .

فمثلا عند استعراض اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن الـــذى مـــزج بيـــن الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعـــة بصفـــة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، والنظر إلى التحليل الذى قدمـــه

للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعند العنصر الذى يمثل الركن ، أو الوجه الموضوعى لها - **والذى يتمثل فى وجود ادعاءات متقابلة ، ومتعارضة ، يتعلق بمحلها ، سواء بحقوق شخصية ، أو بمراكز قانونية موضوعية** - نجد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن الذى مزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة لم يكتف بهذا التحديد ، وإنما تطلب - **للإعتداد بالتعارض القائم بين الإدعاءات** - أن يتخذ شكلا إجرائيا محددا ، وهو شكل المواجهة بين الخصوم ، والذى يتم وفقا لإجراءات الخصومة القضائية ، مما يعد ذلك نفيا للصفة الموضوعية عن هذا العنصر المنسوب إليه بواسطتهم إبتداء . فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة وترتيبها لآثارها ، أصبح مرهونا بتوافر هذه العناصر ، والتى تنتمى إلى الضابط الشكلى ، دون أن تكون لها صفة موضوعية مستقلة .

ونتيجة لاختلاف النتائج المستخلصة من تحليل بعض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعدم اتساقها مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، فإننا نميل إلى ترجيح اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى المقارن ، لما يترتب عليها من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلى تحقق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا ، حيث أن نصوص القانون الوضعى المقارن ذاتها - **سواء فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أم فى قانون المرافعات المصرى** - تساعد على ترجيح هذا الإتجاه فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، حيث يمكن أن يستخلص من نص المادتين (٣١) من

مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٣) من قانون المرافعات المصرى أن قبول الطلب القضائى ، أو الدعوى القضائية هو أمرا مرهونا بأن يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون الوضعى ، وهذا يقتضى فى الحالات التى يقترن فيها الطلب القضائى بالمنازعة ، أن تدور المنازعة حول الحقوق والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، وهو مايحول دون التطبيق التلقائى للقانون الوضعى بشأنها ، فيتولد لأطرافها المصلحة فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فالأساس فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ، وهذا العنصر وحده هو الذى يسمح بالتمييز بين طوائف المنازعات بين الأفراد والجماعات ، ويحدد من بينها تلك التى تصلح لأن تحمل إلى القضاء العام فى الدولة ، وتلك التى يجب أن تجد لها حلولا خارج مجاله .

فكافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تتضمن تعارضا بين إرادات وادعاءات ، ولكن التزام القضاء العام فى الدولة بنظر المنازعة ، والفصل فيها ، لايوجد إلا فى خصوص المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يترتب عليها إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى [1] .

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة :

النظر إلى نظام التحكيم – كوسيلة للفصل فى المنازعات " المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٥ ص ٢٩ ، ٣٠ .

على التحكيم ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " بين الأفراد ، والجماعات - بموجبه تحل هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، محل القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإننا نرى أنه يجب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايير الموضوعية ، أو المادية **Critiers matriels** ، أى **بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع** موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والغرض من هذا النظام وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية **Critiers formels** أو عضوية **Organique** ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، **عن طريق أعوان لها** ، يسمون بالقضاة **Juges**

ذلك أن الإعتماد بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، لن يفلح فى بيان حقيقة نظام التحكيم ، وطبيعته القانونية ، لما يؤدى إليه ذلك من تجاهل طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والدور الذى يلعبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى يفصل فيها . فضلا عن أن كثيرا من الأعمال القضائية ماتصدر فى غير إجراءات الدعوى القضائية [1] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣١ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١/٧٧ ص ٢١٩ ومابعدها .

وبعضا من الأنظمة القانونية الوضعية قد اعـــترفت لبعــض موظفيـــها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات – **مثل لجان تقديـــر الضرائب فى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإدارية ذات الإختصـاص القضائى ، واللجان العديدة فى النظام القانونى الوضعى السعودى ، والتــى تمارس القضاء فى الغالب الأعظم من المنازعات خارج القضاء الســعودى " كهيئات حسم المنازعات التجارية ، ولجان الأوراق التجاريـــة ، ولجــان الغش التجارى ، ولجان التموين القضائية ، وغيرها "** (١) .

فكرة المنازعة Litige، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحــدد **طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع** الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – باعتبارها قاضيا خاصـــا يختارها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لتقول الحــق أو حكم القانون الوضعى بينهم .

بحيث تكون هيئة التحكيم المكلفة **بالفصل فى النزاع** موضوع الإتفــاق علــى التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بذلك قضـــاة الأطــراف المحتكميــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقــوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتصــدر أحكامها فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ضد أى واحد من الأطــراف المحتكمين ، أو ضدهم جميعا (٢) .

---

(١) أنظر : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٧٧ ص ٢١٩ .

(٢) أنظر :

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وإن وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة المعينون من قبل الدولة الحديثة ، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم للفصل فيه - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

ذلك أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس احتكارا على الدولة الحديثة وحدها . فإذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات - باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - وعن طريق اتفاق بينهم - أن يختاروا هيئة تحكيم مشكلة من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيما نشب بينهم من منازعات " محتملة ، وغير محددة ، أو قائمة بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " . ومن هنا ، ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها .

فكرة النزاع litige ، وكيفية الفصل فيها ، هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

كل حالة لايوجد فيها نزاعا بين الأفراد ، والجماعات ، لايوجد ثمة تحكيم [1] .

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Univerisite de Rennes . 1963 . P . 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P . 5 et s .

وراجع فى الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ - الهامش رقم (٢) .

(١) أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨ .

فنكرة النزاع litige ، وكيفية الفصل فيها ، هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] ، باعتبارها قاضيا خاصا ، يختار بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ليقول الحق ، أو حكم القانون الوضعى بينهم ، بحيث تكون هى قاضى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وتصدر حكمها ضد أى واحد منهم ، أو ضدهم جميعا [٢] .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة بخصوص النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " :

---

(١) فى استخدام الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - دوما ، وبطريقة متواترة فكرة النزاع لأجل تعريف نظام التحكيم ، ولأجل أن يتجنب الخلط بينه ، وبين الأفكار الأخرى المتقاربة ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٤ وما بعدها .

(٢) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales . These . Renne . 1963 . P. 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P. 5 et s .

وراجع أيضا الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ - الهامش رقم (٢) .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، **إلا أنها تملك** سلطة القضاء التى يملكها القضاة بخصوص النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [(١)] ، [(٢)] ، حيث أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس حكرا على عليها وحدها .

فإذا كان صحيحا أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات - **وباعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق حكرا عليها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق الإتفاق فيما بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم ، للفصل فى المنازعات " **القائمة** ، **والمحددة** " التى نشأت بالفعل بينهم لحظة الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ فى المستقبل بينهم " **شرط التحكيم** " ، فإنه ينبغي عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها [(٣)] .

---

(١) أنظر :

SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit Judiciaire prive . T. 1 . Paris . Sirey . 1961 . P. 44 .

وقارب : محمود محمد هاشم - إستفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - العدد الأول - ١٩٨٣ / ١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

(٢) فى تحديد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، وأثر افتقار نظام التحكيم لأحد عناصره ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٧ ومابعدها .

(٣) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧ ص ٤٦ .

فمن بين عناصر التحكيم التى تميزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى - **كالوكالة ، والصلح ، والخبرة ، والتوفيق مثلا** - هو وجود نزاعا قائما ومحددا " **مشارطة التحكيم** " ، أو محتملا ، وغير محدد " **شرط التحكيم** " بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم ، وتخويل الغير " **هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " سلطة الفصل فيه ، بمقتضى حكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، وتخلف ذلك يؤدى إلى انتفاء نظام التحكيم ، وقد يؤدى إلى وجود نظام آخر ، يختلف عن نظام التحكيم (١) ، (٢) .

دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم :

عقد التحكيم ، أو مشارطته ، إنما يتعلق بوجود منازعة قائمة ، محددة وناشئة بالفعل بين أطرافه ، لحظة الإتفاق على التحكيم ، بصدد علاقة قانونية محددة ، سواء كانت العلاقة ناشئة عن تعاقد مبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو تصرفا حدث ، أو واقعة تحققت ، وتؤثر على حقوقهم ، ومراكزهم ، وبشرط أن يكون موضوع النزاع القائم بالفعل بينهم داخلا فى نطاق المسائل التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

ومن ثم ، فإنه لايصح إبرام عقد التحكيم ، أو مشارطته بالنسبة لنزاع إنتهى بالفعل بين أطرافه ، إما بحكم قضائى صادرا من القضاء العام فى الدولة

(١) فى بيان دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) أنظر مع هذا : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨ ، ٣٩ . حيث يرى سيادته أن معيار النزاع لايكفى وحده لتمييز نظام التحكيم عما عداه من أفكار أخرى متقاربة ، وأنه يجب تعضيده بمعايير أخرى .

الحديثة ، يكون حاسما له ، أو حتى بحكم تحكيم صادرا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويكون نهائيا . كما لايصح بالنسبة لنزاع فى المستقبل لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم [١] .

أما وجود المنازعة بالنسبة لشرط التحكيم ، فإنه يتحقق بوجود العقد المتضمن له . إذ أنه وفى شرط التحكيم لايشترط أن تكون هناك منازعة قائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم ، فهو - **أى شرط التحكيم** - بحسب طبيعته ، يتم بالنسبة لمنازعة مستقبلية ، ومحتملة ، وغير محددة لحظة الإتفاق على التحكيم والتى قد تنشأ عن تفسير العقد موضوع التحكيم ، أو تنفيذه [٢] .

يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، **فى مشارطة التحكيم أو - على الأقل - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه :**

إذا كان الإتفاق على التحكيم فى صورة مشارطة تحكيم ، فإنه يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فى مشارطة التحكيم ، أو - **على الأقل** - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له - **دون غيره** - فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون الوضعى ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه .

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٥ ص ١٣٦ .

[٢] فى بيان كيفية تحديد النزاع فى شرط للتحكيم ، وتطبيقات القضاء المقارن فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين - مضمون بنود شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ومابعدها .

العلة من تحديد محل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الاتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه " :

العلة من تحديد النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - هو الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، إلا فى نزاع محدد .

ويؤدى تحديد النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - إلى تحديد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

ذلك أنه إذا كانت ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم - **دون غيره** - فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه يجب عليها - **وعند فيه** - أن تلتزم بحدود تلك الولاية الإستثنائية لنظام التحكيم . فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر

منها عندئـــذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (١٤٨٤/٣) مـــن مجموعـة المرافعات الفرنسية الحالية ، **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - دون أن تلتزم بحدود المهمـــة التـى أسندت إليها** - (١/٥٣ - و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لأنها فصلـت فـى مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيـم - **شــرطا كـان ، أم مشــارطة** - أو جاوزت حدود هذا الإتفاق . وبالتالى ، يمكن معرفة ماإذا كانت قد تجـــاوزت حدود ولايتها ، أم لا [(١)] .

فتحديد النزاع " **المحتمل ، وغـير المحـدد ، أو القـائم بـالفعل بيـن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفـــاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـــكل مـــن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقـــه والفصل فى موضوعه** - هو مقتضـــى الرغبـة فـى ألا يـنزل الأطـراف **المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن ولاية القضـــاء العـام فـــى الدولة ، إلا في نزاع محدد [(٢)] ، والسماح للقاضى العام فى الدولة المرفـــوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونيـة الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيـــم الصـــادر فـــى الـــنزاع**

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٨٣٠ .

(٢) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - ص ٩١٩ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - المرافعات - ص ١٩٥ ، أحمد محمد مليجى موســى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشـــارطة " - أو الـدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - بتقديـر ماإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - قد التزمت بحدود المهمـــة التحكيميـة التى عهد بها إليها ، من قبل الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفـاق علـــى التحكيم** " من عدمه . فقد ترى المحكمة المرفوع إليها الطعن باستئناف حكـم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان** ، أم **مشارطة ، وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعـــن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - أو الدعـــوى القضائيـــة الأصليـــة المبتـــدأة **المرفوعة** بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر **فى النزاع** موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن هيئة التحكيـــم التـــى كلفـــت **بالفصل** فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشـــارطة - قد فصلت فيما لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " [1] ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبه منها الأطراف المحتكمـــون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** .

وإذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العـــام فـــى الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحـــة " المـــادة (٦٣) مـــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " ، فإنه يجـــب

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .**

- ومن باب أولى - مراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العام فى الدولة [١] .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايفترض ، وإنما يجب أن تتصرف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى الفصل فى النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، **والفصل فى موضوعه** - وأن يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا للنزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه** عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** [٢] ، باعتبار أن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ينبغى أن يكون شاملا له - **دون غيره** [٣] .

---

(١) أنظر : **أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد** - التنفيذ علما ، وعملا - ص ٦٣٨ ، **عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - ط٣ - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢٠ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ - فى الطعن رقم (١٥٧٩) - لسنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أحمد حسنى** - قضاء النقض البحرى - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٥ ص ٨٢ ومابعدها - القاعدة رقم (٣٢) .

(٣) أنظر : **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٣ ص ٢٧٧ .

وتحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فتفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **لايعفيها** من احترام موضوع النزاع النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، **والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة** تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - **كما** حدده الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** (١) .

والنظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

(١) أنظر : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا علي نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، صلاح الدين بيومى - قواعد قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧٥ ص ١٦٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٥ ص ١٣٧ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، ص ٣٣٣ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 5 Juin . 1973 . Rev . Arb . 1974 . 11 .

حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " إذا تحددت مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قسمة التركة ، وتعيين نصيب كل وارث على التفصيل الذى أراده

كما أن تفويض الوكيل فى التوكيل الخاص يجيز له تحديد النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . فيجب أن يتضمن التوكيل الخاص بتفويض الوكيل تحديد هذا النزاع . وإذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه فى ذلك [1] .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأنه : " **يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يجب أن يكون محددا بدقة فى مشارطة التحكيم وتقتصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى المنازعات الواردة فى تلك المشارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى منازعات لاحقة ، أو تالية ، حتى ولو كان من المحتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الإتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى**

المتوفى ، فلا يحق لها أن تتدخل فى خصوم التركة دينا لصالح شخص أجنبى عن التركة التى كلفت بقسمتها " .

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند (٢٨) م (١) ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٣/ب ص ٦٧ ومابعدها .

الطلبات الإضافية ، وهذا الإتفاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة " [١] .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى** رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم " [٢] .

وبمناسبة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أساس أنها قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيها ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعين على محكمة الموضوع أن تبين على نحو كاف موضوع النزاع - والواقع فى شأنه التحكيم - حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع**

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C. P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - فى الطعن رقم (١٤٩) - لسنة (١٩) ق . منشورا فى : حسن الفكهانى - الموسوعة - الإصدار المدنى - الجزء الرابع - بند ١٠٥٥ ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦ - فى الطعن رقم (٢٧٥) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢٢) - ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠ - فى الطعن رقم (١٠٥٣) - لسنة (٥١) ق - منشور فى : حسن الفكهانى - الموسوعة - ملحق رقم (٥) - القاعدة رقم (١٢٤٧) - ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعن رقم (٧٤٠) - لسنة (٥٢) ق - منشور فى المرجع السابق - القاعدة رقم (١٢٤٨) - ص ١٠١٨

الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكيم بشأنها " [١] .

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من اشتراط تضمين الإتفاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم " [٢] .

موقف القانون الوضعى المقارن ، والفقه من تحديد محل التحكيم " النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

---

(١) أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - ص ٣٤٣ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - مجموعة أحكام السنة الثالثة - ص ٣٢٨ - حكم رقم (٥٧) - المحاماه المصرية - السنة (٣٣) - ص ١٢٢٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٥٢٠ .

تحديد محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - إنما يكون بتحديد النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين **الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - فى الإتفاق على التحكيم ، إما فى ورقته ذاتها ، أو أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

فقد نصت المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة " .

فى حين كانت تنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** - على أنه :

" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

وتنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ٢ - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة

قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المتقدمة ، أن تحديد محل الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - والمتمثل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - يمكن أن يتحقق فى أشكال مختلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

أولا :

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها - أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشئة عن علاقة قانونية محددة ، سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية ، فهى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " . وعندئذ ، يجب أن تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

فيتحدد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم . وعلى هذا ، تنص المادة (١/١٤٤٨) مـــن مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيـــم ، وإلا كانت باطلة** " .

كما تنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .... وفى هذه الحالـة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيـــم ، وإلا كـــان الإتفـــاق باطلا** " .

ثانيا :

تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظـــام التحكيـــم بالنسبة لشرط التحكيم (١) :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيـــم واردا فى شرط للتحكيم ، يكون قد سبق إدراجه فى عقد من العقود – **سواء كـــان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا** ، أو فى طلب التحكيم .

فتنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فيـــه عنـــد نشـــأته بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة فـــى التعجيـــل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه** " . وهو مـــايعنى ، أن

(١) فى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقـات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود شرط التحكيم – المقالـة المشـار إليها – ص ٢٦ ومابعدها .

موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى بيان الدعوى الذى يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

على أنه – **وبالنسبة لشرط التحكيم** – يمكن القول بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين . ولهذا ، فإنه يعتبر باطلا ، العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أية نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه [1] .

ولايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر [2] ، بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك ، أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه [3] .

---

(1) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الأولى – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١١٢ .

(2) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

(3) أنظر : محمد كامل مرسى – شرح القانون المدنى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٨ – المطبعة العالمية بالقاهر – بند ٢٨٧ ص ٣٩٢ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٤ ص ٣٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى –

ذلك أنه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منه إخضاع ماينشا عن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

بيد أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن بالضرورة الإلتزام الأساسى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية لنظام لتحكيم . بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلتزام ، فإنه يكون قد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل (١) ، (٢) .

التحكيم التجارى – بند ٣٤ ص ١٩٨ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٠/٢ص ١٣٧ .

(١) حول ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحل النزاع المستقبلى – والذى يمكن أن ينشأ عن العقد – عن طريق نظام التحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2, 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA – TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) حول أمثلة لصياغة شرط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن العقد الذى يتضمنه ، أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – بند ١٧ ص ٢٢٠ .

ويمثل هذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والذى إذا تخلف فقد شرط التحكيم ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

وإن كان يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إضافة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم .

فيجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق على قصره على بعض المنازعات المحتملة – **دون غيرها** – أو الإتفاق على الحدود التى تتقيد بها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها ، أو تخويلها صفة هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو استبعاد أى طريق من طرق الطعن الجائز ولوجها ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون الوضعى المقارن [١] ، [٢] .

---

(١) فى بيان تطبيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلف الإتفاقات ، فى إطار العلاقات التجارية ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتها فى العقود الدولية – بحث مقدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليه فى دول الغرب ، والذى عقد بالمركز التجارى بالأسكندرية _ فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ – ص ص ٦ – ٣٠ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٢ ومابعدها

(٢) فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

Encyclopedie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1972 . N . 88 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ص ١٩٩ .

وكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل في جميع المنازعات التي يمكن أن تنشأ في المستقبل عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه بطريق التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصر شرط التحكيم على النص على الفصل في بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه في المستقبل ، أي عن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة [١] .
فقد يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في شرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أي شاملا لجميع المنازعات المتعلقة بتفسير عقد من العقود ، أو بتنفيذه - **سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصاديا** - وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل على بعض أنواع من المنازعات المتقدمة - **كالمنازعات القانونية ، أو المنازعات ذات الطابع الفني فقط** [٢] .

وفي الممارسة العملية ، يجرى تحديد صيغة النزاع المحتمل ، وغير المحدد في شرط التحكيم بعدة طرق . فقد يطلق عليها اصطلاح نزاع **dispute** ، أو خلاف **differende** . وتجرى صياغة شرط التحكيم بطرق مختلفة . فقد ينص - مثلا - على أن التحكيم سوف يشمل كل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه . أو - **فقط** - تحديد بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة التي يمكن أن تنشأ عنه . بمعنى ، أنه تختلف صياغة شرط التحكيم في العقود المختلفة ، فيما

---

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية - الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ - رقم (٧٣) سنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائي في مجلة المحاماه المصرية - السنة السادسة عشر - العددان التاسع ، والعاشر - ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٢ ص ٣٢

يتعلق بتحديد نطاق النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بحسب ماإذا كان يراد تحديد موضوع مخصوص ليعرض على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية للفصل فيه ، أم أن نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت إلى بسط شرط التحكيم على كل المنازعات الناشئة عن تفسير العقد ، أو تنفيذه[١] .

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمايثور بينهم من منازعات في المستقبل ، محتملة ، وغير محددة عن طريق نظام التحكيم ، يتحدد - **وبطبيعة الحال** - بالمنازعات التي يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، **متى تعلق بغير هذه المنازعات .**

كما أن اختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم في شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا ، لأن مشارطة التحكيم تقتضي أن تكون المنازعة معلومة ، بخلاف شرط التحكيم ، والذي يتقرر بين أطراف عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعته** - أي قبل نشأة النزاع ، فهو - **وبطبيعة الحال** - يواجه منازعات محتملة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في المستقبل ، عن العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية ، والذي يتضمن شرط التحكيم [٢] .

---

(١) في دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، موضوع شرط التحكيم ، أنظر :
Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T . 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .
وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - المقالة المشار إليها - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس- يونية سنة ١٩٨٤ - بند ٢/١٦ ص ٢١٢ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٣ ومابعدها .

فمشارطة التحكيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنه يرد على نزاع محتمل ، وغير محدد ، وفيه ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيما لو نشأ نزاعا عن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه .

بل وفى كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنص **المادة (١٢٨)** من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عملية التحكيم ، والوصول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

وفى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية ، **والتجارية** ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، وماإذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ، وإنما يكفى لصحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يذكر فيه موضوع التحكيم بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [١] ، [٢] ، [٣] .

---

(٢) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ .

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٨ .

ولقد اكتفت أحكام القضاء المقارن بتحديد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا عاما ، دون تفصيل أوجه النزاع ، كأن يكتفى باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "على التحكيم لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل أحدهم ، أو للفصل فى المنازعات الناشئة بين الزوجين ، فى نظام إشتراك الأموال الذى تم الزواج على أساسه (١) .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل فى النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " بموجب الدعاوى القضائية القائمة بينهم أمام المحاكم ، يعتبر صحيحا . إذ أن**

---

(٢) فى بيان كيفية تحديد النزاع محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - والخاصة بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٨ ومايليه ص ٣٥١ ومابعدها .

(٣) فى بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع محل الإتفاق - شرطا كان أم مشارطة - فى العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون سنة نشر - بدون دار نشر - ص ١٥٠ ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le droit Francais de l'arbitrage . N . 143 . p . 100 .**

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٧ .

الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية **يعتبر تحديدا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " (١) .

كما قضى بأنه : " **يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأية عبارة نافية للجهالة** " (٢) .

على أنه يجب – وفى كل حالة – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بشكل كاف ، ليسمح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – تقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم التى كانت قد كلفت بالفصل فيه ، قد التزمت حدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه (٣) .

---

(١) أنظر : حكم محكمة التميز المدنية اللبنانية – غرفة أولى – – القرار رقم (٣١) – الصادر فى (٢٦) آذار – سنة ١٩٦٣ – النشرة القضائية (١٩) – ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمة المنيا الإبتدائية – الصادر فى ١٠فبراير سنة ١٩٤٩ – المحاماه المصرية – ٣٠ – ٧٨١ – ٣٨١ . حيث قضى فيه بأنه : " النص فى مشارطة التحكيم – أى وثيقة التحكيم الخاصة – على تحكيم المحكمين فى حل المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا – لاتحديد فيه ، وغير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 144 . p . 119 . **Note . 28 .**

وانظر أيضا : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

(٣) أنظر :

نطاق خصومة التحكيم ، والطلبات العارضة [1] :

يجوز للمدعي أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهة إلى المدعى عليه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية **Demandes additionnelles** – **سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إستئذان المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية ، للفصل فيها " المادة (٤/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٥/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " .**

كما يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، **موجهة إلى المدعي في الدعوى القضائية** ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعاوى المدعى عليه ، أو الطلبات القضائية المقابلة **Demandes reconventionnelles** – **سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إذنا من المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية للفصل فيها " المادة (١٢٥) من قانون المرافعات المصرى ، فى فقراتها الثلاث " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٤/١٢٥) من قانون المرافعات المصرى " .**

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** op . cit . , N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

[1] فى بيان النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم ، أنظر : **بشندى عبد العظيم** – حماية الغير فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٠ – ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٢٣ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢١ ص ٥٧ ومابعدها ، **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٧٩ ومابعدها ص ٢٧٣ ومابعدها .

كما يجوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعوى القضائية أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى الغير ممن لم يختصم أصلا فى الدعوى القضائية . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة – **سواء قدمت من المدعى ، أو من المدعى عليه فى الدعوى القضائية** – " **إختصام الغير** " ، لأنها تؤدى إلى جعل الغير خصما فى الدعوى القضائية " **المادة (١٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

كما يجوز للغير أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، يوجهها إلى المدعى ، والمدعى عليه معا ، أو إلى أحدهما . **وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة : التدخل Intervention ، لأنه** بهذه الطلبات القضائية العارضة يتدخل الغير فى دعوى قضائية منظورة أمام المحكمة ، ويصبح خصما فيها " **المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصرى** " [١] .

وإذا كان هذا هو النطاق المحدد للطلبات القضائية العارضة أمام المحاكم فما هو نطاقها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات

---

[١] فى دراسة أحكام الطلبات القضائية العارضة " أنواعها ، إجراءات تقديمها ، وآثارها " ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** – المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعة عشرة – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٧٦ ومايليه ص ١٨٩ ومابعدها ، **أحمد السيد صاوى** – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٣٤ ومايليه ص ٢١٩ ومابعدها ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٧٩ ومايليه ص ٢٦٩ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** – مبادئ الخصومة المدنية – ص ٢٨٠ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – قانون القضاء المدنى – ص ٣٢٤ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٣٤٨ ومابعدها ، ص ٦٥٩ ومابعدها .

بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ؟ .

أولا :

النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائيـــة العارضة [1] :

قضت المادة (٢/١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنســية الحاليـة بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضى - والتى وردت فى صدرهـا - علـى خصومة التحكيم . ومنها ، نص المادة الرابعة مـن مجموعـة المرافعـات الفرنسية الحالية ، والذى يقرر أنه :

" موضوع النزاع يتحدد بالطلبات المتبادلة للخصوم ، وأن هذه الطلبات تتحدد فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وكذلك بالطلبـات العارضـة إذا كـانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية " .

كما أجازت المادة (٢/٣٠) من قانون التحكيـم رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **وبخصوص شـرط التحكيم** - للمدعى عليه فى الدعوى المنظورة أمام هيئـة التحكيـم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفـى رده علـى بيـان الدعوى المرسل إليه** ، طبقا للمادة (١/٣٠) **من قانون التحكيم المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة** - أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة بالنزاع موضوع شـرط التحكيم ، أو أن يتمسك بحق ، يكون ناشئا عنه ، بقصد الدفع بالمقاصة . ولـه ذلك - ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم - إذا رأت هيئـة

---

[1] فى دراسة النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات - خصومـة التحكيـم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٦ ومايليه ص ٢٧١ ومابعدها .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

كما أجازت المادة (٣٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق على التحكيم تعديل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإذا كانت القاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب خارج عن هذا النزاع - **سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا .**

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم . كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات ، وإنما عليها فى حالة إثارة مسألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها أو فى حالة الطعن بالتزوير ، أو فى حالة اتخاذ إجراءات جنائية عن التزوير أو عن حادث جنائى آخر ، وقف خصومة التحكيم ، حتى يصدر حكما قضائيا إنتهائيا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها [1] .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بن ٨٠ ومايليه ص ١٨٠ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - بحث مقدم فى الدورة التدريبية للتحكيم ، والمنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩١ - ص ١١ - ١٦ .

كما أنه لايجوز قبول طلبات عارضة ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فـــى نطاق ماإتفق بصدده على التحكيم ، أى داخلة فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بحيث إذا كـــانت هـــذه الطلبـــات العارضة لاتدخل فى نطاق ماإتفق بصدده على التحكيم ، فإنه لايقبل تقديمـــها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم لأن ولايتها فى الفصل فى المنازعات بيـــن الأفـــراد ، والجماعـــات تكـــون مقصورا بصد ماإتفق بصدده على التحكيم ، بحيث تنعدم ولايتها خارج هـــذا النطاق [1] .

ومع ذلك ، فإنه يجوز تقديم طلبات عارضة إذا أصبحـــت داخلـــة فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - **صريح** ، **أو ضمنـــى** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .
فأية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى الإتفـــاق علـــى التحكيـــم لايمكن قبولها ، إلا إذا وافق عليها جميع الأطـــراف المحتكمـــون " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم** " . بمعنى ، أنهم قد أبرموا بشأنها مشارطة تحكيم جديدة ولايهم بعد ذلك أن يكون طلبا إضافيا ، يغير ، أو يعدل من طلبات المدعـــى

---

(١) أنظر : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، محمد كمـــال أبو الخير - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحاكم - ص ٤٤٦ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - - ص ٢٢ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ ، بند ٣٠ ص ١٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٤ ، ٣٥ ، بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشـــم - النظريـــة العامـــة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضـــاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٦٦ .

الأصلية ، أو طلبا مقابلا ، يريد به المدعى عليه ليس فقط رفض طلبات المدعى ، وإنما الحصول على حق خاص به [١] .

ويمكن استخلاص هذا الإتفاق الضمنى بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من مناقشة الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " لموضوع الطلب العارض المقدم من خصمه [٢] .

وبالرغم من ذلك تظل لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره ، بحيث يؤدى إلى عدم تمكنها من الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم فيه . وكذلك ، إذا قدم بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٣] .

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 17 , 27 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ .

(٣) أنظر :

JEAN – ROBERT : L'arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . N . 334 et s . P . 291 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Arbitrage . Fasc . 1032 . N . 1 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 . Note . 39 .

وفى حالة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم - **لأى سبب كان** - فإن خصومة التحكيم تظل بين أطرافها الأصليين ، بينما يتقاضى الغير " **مدعيا** ، **أم مدعى عليه** " أمام القضاء العام فى الدولة .

ولكن إذا كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغير قابلة للتجزئة [١] ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - أطراف العلاقة جميعا ، ولم يقبل تدخل ، أو إدخال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، فإنه لامحل لاستمرار خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده ، باعتباره الجهة الأصلية ، صاحبة الإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** [٢] - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

ذلك أن الأصل أنه لاتجوز إحالة قضية مطروحة على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة**

وانظر أيضا : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، محمد كمال أبو الخير - تقنين المرافعات - ص ٤٤٦ ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١ ، ١٣ ، عزمى عبد الفتاح - الإشارة المتقدمة ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٢ ص ٢٩٦ .

[١] فى دراسة النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى القضائية المدنية " معايير الإرتباط ، أنواعه - سواء كان ارتباطا بسيطا ، أم ارتباطا لايقبل التجزئة - وتأثير الإرتباط على قواعد الإختصاص القضائى " ، أنظر : السيد عبد العال تمام - النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٣ ومابعدها .

[٢] أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٢٦ .

– إلى محكمة عادية ، لارتباطها بدعوى قضائية قائمة أمامها ، لأن فى ذلك إخلالا بالإتفاق على التحكيم .

كما لايجوز أن تحال على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم دعوى قضائية قائمة أمام المحاكم العادية .

وإنما إذا كان بين الدعويين رباطا قويا لايقبل التجزئة ، وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصل فيهما هيئة واحدة ، منعا من تناقض الأحكام ، أو تحقيقا للإتساق ، فإنه يكون من الواجب أن تفصل فيهما محكمة واحدة ولايعتد بشرط التحكيم ، أو مشارطته فى هذه الحالة ، حيث أنه لايتصور الإحالة لقيام ذات النزاع أمام هيئة التحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحكمة العادية ، أو العكس ، لاختلاف الإجراءات [1] .

---

(١) أنظر :

J . NORMAND : obs . R . T . D . Civ . 1978 . P . 917 , 918 , 920 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 135 et s ;
DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 .

وانظر أيضا :

Paris . 19 Oct . 1960 . Dr . Mars . Fr . 1961 . 96 ; Trib . Com . Seine . 28 Juill . 1966 . Dr . Mars . Fr . 1967 . 167 ; Trib . Com . Marseille . 11 Avr.1967 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 3 64 ; Trib . Com . Seine , 10 Janv . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 688 ; Paris . 5Avr . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 424 ; Paris . 4 Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 301 ; Aix – en – Provence . 27 Fav . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 527 ; Paris . 21 Dec . 1979. Rev . Arb . 1981. 155 ; Paris . 4 Dec . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 311 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، بند ٤١ ص ١١٨ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ .

وانظر أيضا : إستئناف مختلط – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ – مجلة التشريع ، والقضاء – ٤٦ – ص ٥٥ ، إستئناف مختلط – ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ – مجلة التشريع ، والقضاء – – ٤٧ – ص ١٩٥ . عكس هذا :

فالإرتباط بين الدعاوى يلغى أى أثر للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ويعود الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفى جميع جوانبه** - للمحاكم العادية ، صاحبة الإختصاص الأصيل بالفصل

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defendeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s ; Note sous Poitiers . 28 Nov . 1973 et Paris . 4Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 305 et s Aussi ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 112 . p . 93 et p . 94 et N . 116 . P . 96 .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 28 Oct . 1929 . D . 1931 . 29 ; Cass . Civ . 3 Mai . 1957 . D . 1958 .167 ; Cass . Com . 15 Juill . 1975 . Rev . Crit . Dr . Int . Pr . 1976 . 132 ; Cass . Civ . 2Dec . 1970 . Rev . Arb . . 409 ; Cass . Com . 8Nov . 1982 . Rev . Arb . 1983 . 177 ; Paris . 13 Mai . Rev . Arb . 1984 . 115 .

حيث يرى هذا الجانب من فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تبقى له قوته الملزمة ، وتبقى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مختصة بنظره . وقارب : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٦ ص ٣٧١ . حيث يرى سيادته أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يجب أن ينتج كافة آثاره القانونية ، إلى أن يثبت بالدليل القاطع إستحالة نظر النزاع عن طريق جهتى قضاء مختلفتين ، لأنه يصعب التسليم بوجود عدم قابلية للإنقسام قبل بداية نظر النزاع . وأن ادعاء أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بذلك أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكفى لمحو آثار الإتفاق على التحكيم . ويمكن للطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الراغب فى عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برمته على القضاء العام فى الدولة أن يبدى دفعا بذلك أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تملك سلطة تقديرية كبيرة فى الرد على هذا الدفع . فإذا تبين لها قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام - رغم الإرتباط - فإنه يحق لها أن ترفض الدفع ، وتشرع فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين لها جدية الدفع ، وعدم قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام ، فإنه يحق لها أن تصدر حكما بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لاستحالة السير فيها ، لارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنزاع قائم أمام القضاء العام فى الدولة . فى دراسة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن . وبصفة خاصة ، فى فرنسا ، حول مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند ارتباط النزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٣ ومايليه ص ٣٦٧ ومابعدها .

فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويحق لكل طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب مصلحة أن يدفع بارتباط الدعاوى .

ثانيا :

النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة [١] :

إتفاق التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - كقاعدة - لايلزم إلا أطرافه الذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع **موضوع الإتفاق على التحكيم - والذى ينشأ بمقتضى هذا الإتفاق - من ليس** طرفا فيه . ومن ثم ، لايستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه ، ولايضار منه غيرهم ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا [٢] .

على أن المفهوم القانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - يتسع ليشمل الخلف العام ، والخلف الخاص - كالورثة ، والمحال إليه .**

---

[١] فى دراسة النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة ، أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٩ ومابعده ص ٢٩٤ ومابعدها .

[٢] أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٤ ص ١٣٩ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٧ ص ١٩٩ ، **سامية راشد** - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٤ ص ٥١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٩ ص ٢٩٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - ١٩٦٦/١/١١ - فى الطعن رقم (٢٨٩) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٧) - ص ٦٥ ، ١٩٧١/١/٢٠ - فى الطعن رقم (٥١٠) - لسنة (٣٥) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ١٤٦ .

فورثة التاجر الذى كان قد أبرم الإتفاق - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - على التحكيم يلتزمون بهذا الإتفاق . كما يمكنهم التمسك به تجاه الأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم .

والشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى - **نتيجة للإندماج** - تتصرف إليها آثار اتفاقات التحكيم التى أبرمتها - **ومن قبل** - الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [١] .

كما تعد اتفاقات التحكيم التى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم ، بحيث تباشر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهم . كما يمكنهم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مع الشركة إتفاقا على التحكيم [٢] .

كما لايجوز التدخل الإختيارى للغير - **أى من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - فى خصومة التحكيم ، سواء كان التدخل أصليا ، أم انضماميا لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [٣] ، [٤] .

---

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ .

(٢) أنظر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (٦٠) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٦) - ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٥/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - - س (١٦) - ص ٧٧٨ ، ١٩٦٧/٢/٧ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٣٣) ق - مجموعة المبادئ - س (١٨) - ص ٣٠٠٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ٥٩٨ .

(٣) أنظر : عزمى عبد الفتاح - التحكيم فى القانون الكويتى - ص ٢٧٢ .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم - **والتى يخولها القانون الوضعى المقارن للمحكمة العادية** (١) - وذلك كله مالم يوافق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم (٢) .

فلايجوز إجبار الغير على أن يصبح طرفا فى خصومة التحكيم . ولذا ، تلزم موافقته على هذا الإدخال ، وموافقة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . وعندئذ ، يكون للمتدخل ، أو للمدخل فى خصومة التحكيم ماللطرف فى خصومة التحكيم من حقوق ، وعليه ماعليه من

---

(٤) فى دراسة أحكام التدخل فى الخصومة المدنية ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٨١ ومايليه ص ٢٠١ ومابعدها ، **محمد محمود إبراهيم** - النظرية العامة للطلبات العارضة - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٥٥ ومابعدها ، **صلاح أحمد عبد الصادق أحمد** - نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ . وبصفة خاصة ، ص ١٨٢ ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 147 . P . 122 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٠ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٣ ص ١٣٩ ، **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٧٣ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠١ ص ٣٩٦ .

(٢) أنظر : **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ .

التزامات . كما يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وللقواعد العامة .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - أن يتدخل تدخلا هجوميا فى خصومة التحكيم - أى للمطالبة بحق ذاتى لنفسه أثناء سيرها - فإن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل .

وإذا تدخل شخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** "، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك ، لنفس العلة [١] .

تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه " موضوع الإتفاق على التحكيم " [٢] :

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة :

---

[١] أنظر : عزمى عبد الفتاح - الإشارة المتقدمة .

[٢] فى تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - " ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٢ ومابعدها .

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضة . وعندئذ ، يلزم التفسير لاستجلاء المعنى .

واستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .

والإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومن ثم المعنى المقصود من العقد ، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين :

الصورة الأولى :

إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :

عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضى العام فى الدولة - كأصل عام - أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه . فقد نصت المادة (١/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

والصورة الثانية :

إذا كانت عبارة العقد غامضة :

قد تجئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقود بصفة عامة :

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة ، وهو حينما يفسر العقد ، يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه [1] . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد ، من مجموع وقائعه ، وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبيعة التعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه والعادات الجارية ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وقد نصت المادة (٢/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة :

على القاضى العام فى الدولة - **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** - أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنوده [2] كما ينبغى عليه أيضا - **وهو فى مجال التفسير** - ألا يقف بالضرورة عند

---

[1] فى بيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - بند ٢٦٥ ومايليه ص ٥٢٢ ومابعدها ، عبد الحكيم فودة - تفسير العقد فى القانون المصرى ، والمقارن - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ومابعدها .

[2] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٢٣ .

المعنى الحرفي لألفاظ العقد ، وعباراته . فالعبرة في العقود - كما في غيرها - بالمقاصد ، والمعاني ، وليس بالألفاظ ، والمباني .

ثم إن على القاضي العام في الدولة أن يستهدي في تفسير العقد بطبيعة التعامل ، وماينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات .

والتفسير لدى القاضي العام في الدولة ليس غاية في ذاته ، بل هو وسيلة للفصل في الحالة المعروضة عليه ، وهو لذلك يتأثر بالنتائج العملية التي يؤدي إليها تطبيق الرأي الذي يهم باعتماده في الحالات الواقعية .

وقد يقتضي تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضي العام في الدولة تفسير العقد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التي أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون الوضعي [١] ووسيلة القاضي العام في الدولة في ذلك تكون محددة بنصوص القانون الوضعي [٢] ، [٣] .

وهذه هي بعض الصور التي حرصت الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - على أن توجه نظر القاضي العام في الدولة

---

(١) أنظر : محمود جمال الدين زكي - النظرية العامة في الإلتزامات في القانون المدني المصري - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٣١٢ .

(٢) أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٤٤٦ ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

(٣) أنظر :

ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .

وانظر أيضا : فتحي والي - قانون القضاء المدني اللبناني - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٧٢ ص ١٢٦ .

إليها ، ليستهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لاتعدوا أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام في الدولة ، لمساعدته فى تفسير العقود بصفة عامة ، وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يستعين بها . والأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إذ تقدم للقاضى العام فى الدولة إرشاداتها لم تغفل عن أن تفسير العقود بصفة عامة فى النهاية ، فن ، ذوق ، كياسة وخبرة [١] .

وتفسير العقود بصفة عامة - وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه - يتمثل أمرا من أمور الواقع . ومن ثم ، فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقبا من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [٢] .

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على اتفاقات التحكيم - شروطا كانت أم مشارطات :

التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، تستمد فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولما كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - وفرضت ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ، وكان نظام التحكيم إستثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العادية فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

---

[١] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٤٢ .

[٢] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٧ ص ٥٣٠ .

موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى عرضه عليها ، للفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة . ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية . ومن ثم ، لايكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم ، بحيث إذا ثار النزاع بين أطراف الإتفاق على التحكيم حول أمر لايدخل فى نطاقه ، وجب طرحه على المحاكم العادية .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحة ، أو ضمنا تحكيمها فيه - كما إذا طرح أحدهم النزاع عليها ، وصدر من الأطراف المحتكمين الآخرين مايفيد قبولهم التحكيم فى شأنه " القبول الضمنى بنظام التحكيم " - بحيث لايجوز قبول أية نزاع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مالم يكن من بين مايدخل فى نطاق ماتفق بصدده على التحكيم ، أى يكون داخلا فى نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو أصبحت كذلك ، باتفاق لاحق - صريحا ، أو ضمنيا - بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وما ذلك إلا تطبيقا لانحصار ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى النزاع محل التحكيم - شرطا ، كان أم مشارطة - بحيث يكون حكم التحكيم الصادر منها خارج هذا النطاق باطلا [١] .

---

[١] فى بيان أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى حالة خروج هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه على حدود

وعلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الإلتزام بنطاق النزاع محل التحكيم ، سواء كانت محكمة بالقضاء "**تحكيما عاديا**" ، أم كانت محكمة ، مع التفويض بالصلح بين الأطراف المحتكمين "**أطراف الإتفاق على التحكيم**" .

ذلك أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين "أطراف **الإتفاق على التحكيم**" - **شأنها شأن هيئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء "التحكيم العادى"** - تلتزم - وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بنطاقه - **كما حدده الأطراف المحتكمون "أطراف الإتفاق على التحكيم"** ، بموجب الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وعليها الإلتزام بحدود هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايجوز لها أن تتعداه بالفصل فى نزاع أخرى غير معروض عليها من قبل الأطراف المحتكمين "**أطراف الإتفاق على التحكيم**" ، بحيث تتحدد ولايتها بحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

الإتفاق على التحكيم" المواد (١٠٢٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسي الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، (١/٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (١/٥٣/و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية" ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٢٧ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣١٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٥٧ ومابعدها .

(١) أنظر :

BARBERY : L'arbitrage dans les societes de commerce . Rev . Arb . . P. 151 et s ; **ERIC – LOQUIN** : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1038 . N . 98 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N . 40 .

وعلى القاضى العام فى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وخاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - **والمعبر عنها فى اتفاقهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم** - واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة ، دون غيرها .

ويجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عندئذ تفسيرا ضيقا ، لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايمتد إلى سواه [1] .

كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلايعمل على التوسع فى تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] ، ليتمكن من التعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، والتأكد مما إذا

---

[1] أنظر : **عبد الحميد أبو هيف** - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٩٩٩ ، **رمزى سيف** - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٨٣ ص ٧٢ ، **فتحى والى** - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤١٠ ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٩ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ٥٥ ، **عز الدين الدناصورى** ، **حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

[2] أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ .

كانت إراداتهم قد اتجهت بالفعل - **وبغير لبس ، أو غموض** - للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فعلى القاضى العام فى الدولة - **وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير** - الإلتزام بمبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية .

فإذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتضمن خروجا على الطريق الأصلى للفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد والجماعات فى العقود - **وهو القضاء العام فى الدولة** - فإنه يجب أن ينصرف شرط التحكيم إلى النزاع المنصوص عليه فيه ، أو فى العقد الأصلى الذى يتضمنه . فإذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك يعنى أن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوى الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلك من المنازعات ، فلاتدخل فى اختصاصها .

وذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواسطة أطراف الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ إطلاق القول بأن قاضى الأصل ، هو قاضى الفرع لأن التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى عرضه على هيئة التحكيم المكلفة

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [١] .

وتطبيقا لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فقد قضى بأنه : " إذا انصب الإتفاق على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد " [٢] .

كما قضى بأنه : " إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنما يختص بها القاضى العام فى الدولة - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عن أن هدف تفسير أى عقد من العقود ، هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بينما تنفيذه هو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختيارا جاز إجباره عليه ، إعمالا لنص المادة (١٩٩) من القانون المدنى المصرى . ولكن إذا وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٩) ق - الطعن رقم (٥٢١) - السنة (٤٤) ق - ص ٤٧٢ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد محمود إبراهيم / مصطفى كيرة - أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥٠ .

(٢) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية - الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ - المحاماه المصرية - س (١٢) - رقم (٢٢٤) - ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - قضاء النقض البحرى - ص ٦٩ - القاعدة رقم (٤٣٠) .

التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد " (١) .

وإذا اتفق الأطراف ذوو الشأن على التحكيم - **بموجب شرط للتحكيم** - للفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر (٢) .

---

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 72 .

وانظر أيضا : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٧٨٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢ ص ٣٢ ، فتحى والى - قانون القضاء المدنى اللبنانى - بند ٧٢ ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٠ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٢ ص ١٨٨ . عكس هذا : محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - البحث المشار إليه - بند ١٧ ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام فى الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم فى عقد معين ، فيشمل كافة ماينشأ عن هذا العقد من منازعات - وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم .

(٢) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 15 .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمة بينهم ، والتى تحدث بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها - **كشخص معنوى** - وبين مديرها السابق لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ من تنفيذ عقد معين ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطراف العقد الذى تضمن شرط التحكيم بينهم [٢] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الذى ارتكبه أحدهم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير التعويض المناسب عن هذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١/١٦ - السنة (٢٧) ق - ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٤ .

[١] أنظر :

Cass . Com . 6 Mars . 1956 . J . C . P . 1956 . 11 . 9373 .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٦٤ .

موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخرى ، غير تلك الواردة على سبيل الحصر فى الإتفاق على التحكيم [١] .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين ، أو عدم تنفيذ مايتضمنه ، عن طريق نظام التحكيم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم ببطلان هذا العقد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا [٢] .

ويكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، فى حين كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وكما تحدد فى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** - هو تفسير شروط هذا العقد [٣] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع النزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النزاع وحددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول ، لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات ، والأصول الفنية ، من عدمه ، وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال . كما نصوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض

---

(١) أنظر :

Rennes . 25 Av . 1932 . Rec . 1932 . 439 .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

(٣) أنظر :

Cass . Com . 28 Janv . 1958 . Rev . Arb . 1958 . 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 . Gaz . Pal . 1965 . 1 . 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 158 .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم فــى الحكم ، والصلح بينهم ، وكان ذلك التفويض بصفة عامة ، لاتخصيص فيــه فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم إذا أصدرت حكم التحكيم فى النزاع القائم بينهم ، وحددت فى منطوقه مايسـتحقه المقاول عن الأعمال التى قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصادر بمبلــغ معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغـير ماطلبه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " منها [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علــى التحكيــم** " فــى شرط التحكيم المدرج فى عقد معين ، على أن يتم الإلتجاء إلى نظام التحكيــم للفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلــب العــارض الذى يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضــرر الــذى أصــاب أحـد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لسبب خارجى عــن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم المكلفــة بــالفصل فــى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنــه لايجــوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 16 Juin . 1976 . Rev . Arb . 1977 . 269 . 2e espace .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن حيازة أرض ، فإنه لايجــوز أن يمتــد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضـــوع الإتفــاق علــى التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [١] .

ويقع باطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى فصل فى ملكية عقــار ، فــى حين كان موضوع النزاع كما تحدد فى الإتفاق على التحكيم هو تعيين حــدود هذا العقار [٢] .

وإذا تبين من الحكم المطعون فيه أن النزاع قد ثار فى الدعــوى حــول ماإذا كان المطعون عليه مهندسا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليــها ، ولــم يحصل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " خلافا حــول تفسير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليــه الــذى وافــق بمقتضاه على أن يتم صرف باقى مستحقاته عند البدء فى تنفيــذ المشــروع وإنما تنكر عليه الشركة - **الطاعنة** - إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لــم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشئة عن العقد ، وهى مسألة لاشأن لـــها بتفسيره وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفـــاق علــى التحكيم** " على عرض النزاع الذى يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلـــك

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - المحاماه المصرية - س (٣٣) - العدد (٨) - ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٣ .

[٢] أنظر :

Cass . Civ . 9 Fev . 1955 . Rev . Arb . 1955 . 60 .

فإن الإختصاص ينعقد في الدعوى القضائي للقضاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل في المنازعة [١] .

وإذا كان موضوع شرط التحكيم المدرج في عقد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه - **كطلب التعويض** والفوائد ، والفسخ .... إلخ [٢] ، [٣] .

المنازعات التي لايجوز الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية : بين المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها [٤] ، [٥] :

---

(١) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - في الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمي - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٩١ .

(٣) في بيان تطبيقات قضائية أخرى في القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٥ ومابعدها .

(٤) في بيان المنازعات التي لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٩ ومايليه ص ٥٤٢ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٦ ومابعده ، مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي - بند ٢٥ ، ٢٦ ص ٣٨ ومابعدها .

حصر نطاق التحكيم فى منازعات معينة ـ دون غيرها :

---

(٥) فى بيان مدى جواز الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بخصوص المنازعات التى تدخل فى الإختصاص القضائى المنفرد للقضاء الوطنى ، أنظر : أحمد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٣ ومابعدها ، عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٧٤٠ ومابعدها ، محمد كمال فهمى – المرجع السابق – ص ٦١٧ ومابعدها ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – ص ١٠٧ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٦٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٤٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٦ ص ٣٩ ومابعدها ، ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٧ ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – القضية رقم (٣٦٩) – لسنة (٢٢) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٧) – ص ٥٢٢ – ٥٢٧ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – ص ٥٠ ، ٥١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٩٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٥/٣/٥ – فى الطعن رقم (٤٠) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٢٦) ق – ص ٥٣٥ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – ص ٥١٠ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٣/١/٢ – فى الطعن رقم (١٢٨٨) – لسنة (٤٨) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٣٢) – ص ٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٠ ، ١٨١ .

الأصل أن ولاية القضاء العام في الدولة تمتد لتشمل كافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - ولكن استثناء من هذا الأصل العام ، تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات أن يتفقوا على سلوك طريق التحكيم بشأن نزاع معين - **سواء كان نزاعا قائما ، ومحددا ، أم نزاعا محتملا وغير محدد** - ونتيجة لهذا الإستثناء ، فإن ولاية القضاء العام في الدولة لاتشمل هذا النزاع ، بل يقوم بالفصل فيه أفراد عاديون ، أو هيئات غير قضائية ، يتفق عليهم ذوو الشأن ، يسمون : " **هيئة تحكيم** " .

ولم تطلق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأفراد ، والجماعات العنان في الإتفاق على التحكيم في كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - بل حصرت نطاق التحكيم في منازعات معينة ، وحظرت على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى طريق التحكيم في منازعات أخرى .

فالإلتجاء إلى نظام التحكيم ليس جائزا للأفراد ، والجماعات بصورة مطلقة بحيث يمكنهم الإتفاق على طرح كافة منازعاتهم على هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيها ، لأن الأصل العام هو أن القضاء العام في الدولة يختص بالفصل في كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** ، إلا ما استثنى بنص قانوني وضعي خاص .

ولم تسمح الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم إلا في نطاق ضيق نسبي ، وحتى في ظل هذا النطاق الضيق ، فقد أوجبت على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عقب صدور حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن يلجأوا

للقضاء العام فى الدولة ، لكى يستصدروا منه أمرا بتنفيذه . ومن ثم ، تبسط المحاكم رقابتها على أعمال ، وقرارات هيئات التحكيم المختارة من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى منازعاتهم

فلايكفى أن يكون النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة - موجودا ، ومعينا ، وإنما يجب أن يكون جائزا الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . وبمعنى آخر ، أن يكون من المنازعات التى حددتها الأنظمة القانونية الوضعية - **والمختلفة فى المذاهب ، والإتجاهات** - وأجازت للأفراد ، والجماعات إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيها ، بواسطة هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

نطاق نظام التحكيم بين الإتجاه المضيق ، والإتجاه الموسع :

إختلفت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - فى مواقفها بشأن نطاق المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم [١] .

فنجد أن بعض الدول قد أخذت موقفا مشجعا من الإلتجاء إلى نظام التحكيم . وبالتالى ، فقد جعلت الأصل العام هو جوازه فى كافة المنازعات بين الأفراد والجماعات ، مع إيراد استثناءات محدودة للغاية ، على سبيل الحصر وفى أضيق نطاق ممكن - **وبنصوص قانونية وضعية صريحة** - على هذا الأصل العام . **وتشمل هذه المجموعة بصفة خاصة** : غالبية الدول الأنجلوأمريكية ، والأسكندنافية . وبخاصة ، الولايات المتحدة الأمريكية [٢] .

---

[١] فى استعراض مواقف الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - بشأن المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ٢٠٥ ومايليه ص ٣٩٤ ومابعدها .

وعلى العكس من ذلك تماما ، فإن هناك دولا تقف من التحكيم موقفا حذرا - باعتباره طريقا إستثنائيا ، للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وتجعل من القضاء الخاص منافسا للقضاء العام فى الدولة الخاضع لسلطانها ، مما ينعكس على نطاق المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، واستعمال عبارات معروفة بأنها غير منضبطة الحدود فى هذا المجال ، مثل إقحام فكرة النظام العام . وتضم هذه المجموعة : غالبية دول أمريكا الاتينية ، والدول العربية . وبخاصة الأرجنتين ، والجزائر (١) .

وتوسطت دولا أخرى أخذت بحلول توفيقية ، إما عن طريق نصوص تشريعية وضعية تحدد المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . وإما عن طريق إجتهاد فقهي يعطى لفكرة النظام العام مفهوما ضيقا ، باعتبار أن المقصود هو النظام العام الدولى ، وليس النظام العام الداخلى ، بحيث لايعنى وجود قواعد آمرة منظمة لمسألة ، أو مسائل معينة ، أن تصبح المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها - بالضرورة ، وبطريق التبعية واللزوم - غير قابلة للفصل فيها عن طريق

---

(٢) أنظر فى هذا الإتجاه : مجموعة الدول المشار إليها فى : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ٢٠٥ ص ٣٩٣ .

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٢٠٥ ص ٣٩٤ ، وماأشارت إليه فى الهامش رقم (١) من بيان لمجموعة الدول التى تأخذ هذا الإتجاه المضيق ، والحذر لنطاق المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

نظام التحكيم ، بدلا من عرضها على القضاء العام فى الدولة . **ومن أهم دول هذه المجموعة** : فرنسا ، ومصر [١] ، [٢] ، [٣]

فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، وتأثيرها على نطاق التحكيم :

تعد فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن من الأفكار الأساسية فى علم القانون عموما . ففى القانون الداخلى بفروعه المختلفة ، يقترن اصطلاح النظام العام فى القانون الوضعى المقارن بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة ، والتى لايجوز للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفة حكمها ، فنقول أن تلك القاعدة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، بمعنى أنه لايمكن مخالفتها .

فمن المعروف أن أية قاعدة قانونية إنما تتعلق بالنظام ، عندما يكون حكمها آمرا ، لايجوز الإتفاق على مايخالفه ، وأن ذلك يرجع إلى كونها قاعدة أساسية فى تنظيم المجتمع الإنسانى ، وأنها تتعلق بالصالح العام ، بحيث يمكن القول أن الإخلال بها يؤدى إلى الفوضى ، أو إلى فوات الغاية المقصودة من التنظيم ، أو اضطرابا ، أو تخلخل ذلك التنظيم ، والذى قرره المشرع الوضعى ، لمسألة من المسائل بصورة عامة ، وإلزامية .

---

(١) أنظر : سامية راشد – الإشارة المتقدمة ، ومأأشارت إليه فى الهامش رقم (٢) من دول أخرى تأخذ بموقف مماثل لموقف القانون الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن .

(٢) فى بيان نطاق التحكيم فى المعاهدات الدولية ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٦ ومابعدها .

(٣) فى استعراض موقف فقه القانون الوضعى المقارن من القانون الواجب التطبيق على نطاق التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

فالمشرع الوضعى حين ينظم موضوعا معينا ، فإنه يضع قواعد قانونية وضعية قد يكون المقصود منها رعاية مصالح خاصة ، وفردية . وقد يكون المقصود منها تحقيق مصلحة عامة ، تعلوا المصالح الفردية .

فإن كان المقصود بالقاعدة القانونية الوضعية التى يضعها المشرع الوضعى هو رعاية مصلحة خاصة ، وفردية ، فلاشك أنه يكون من حق من تقررت هذه الرعاية لمصلحته أن يتنازل عنها ، لأنه يكون أدرى بمصلحته . ومتى أفصح عن عدم تمسكه بحماية التشريع الوضعى ، فإن على المشرع الوضعى أن يتركه لشأنه ، وألا يتدخل فى حريته بأكثر من هذا القدر ، ومثل هذه القواعد القانونية الوضعية تسمى بالقواعد المكملة ، أو المتممة لإرادة المتعاقدين .

أما إذا قصد المشرع الوضعى بالقواعد القانونية الوضعية التى يضعها ، عندما يتصدى لتنظيم مسألة من المسائل إلى تحقيق مصلحة عامة ، لاتهم الأفراد بقدر ماتهم المشرع الوضعى نفسه ، فإنه لايكون من حق الأفراد والجماعات أن يتنازلوا عنها ، لأنها تتعلق بفكرة التنظيم العام فى الدولة فى حد ذاته ، أى باعتبارها فكرة محددة ، وليس بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية " أفرادا ، أو جماعات " . فعندئذ ، يأبى المشرع الوضعى على الأفراد ، والجماعات أن يتوافقوا على مايخالف هذه القاعدة القانونية الوضعية ، لأنها ليست ملكا لهم ، فهو يفرض عندئذ إرادته ، أو يمليها عليهم ويقيد حريتهم فى شأنها .

ولذلك ، يتعين على القضاة عند التطبيق أن يحترموا إرادة المشرع الوضعى فى هذا الشأن ، لأن الأمر فى هذه الحالة يكون توجها منه إلى الأفراد والجماعات ، وإلى القاضى العام فى الدولة معا ، بصورة إلزامية ، وجازمة وفى هذه الحالة ، يقال إن القاعدة القانونية الوضعية آمرة .

ويعد النظام العام فى القانون الوضعى ، والقواعد القانونية الوضعية التى يحرص على صيانتها ، وعدم جواز إنكارها ، أو مخالفتها ، قيدا على

سلطان إرادة الأفراد ، والجماعات ، ويتلازم مع القاعدة القانونية الوضعية لكى تحقق فاعلياتها ، والغرض المقصود منها .

وهدف النظام العام فى القانون الوضعى هو حماية المبادئ ، والأسس العامة الإقتصادية ، الإجتماعية ، والسياسية التى يقوم عليها المجتمع الإنسانى [1] .

ففكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن تقوم على مجموعة من الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة السياسى ، الإقتصادى ، الإجتماعى الخلقى ، والدينى للدولة ، ولايمكن بقاء هذا الكيان سليما ، دون استناده واستقراره على هذه الأسس .

والمقصود بالأسس السياسية ، هى :

---

[1] فى عرض فكرة النظام العام ، ونسبيتها ، وامتناع الإتفاق على مخالفة النصوص القانونية الوضعية الداخلة فى نطاقها ، أنظر : **جمال ذكى** – دروس فى مقدمة الدراسات القانونية – ص ١٦٨ ومابعدها، **منصور مصطفى منصور** – المدخل للعلوم القانونية – ص ٧٨ ومابعدها ، **عبد الفتاح عبد الباقى** – نظرية القانون – ص ١٠١ ومابعدها ، **حسن كيرة** – المدخل لدراسة العلوم القانونية – طبعة سنة ١٩٦٠ – ص ٦٢ ومابعدها ، **عز الدين عبد الله** – القانون الدولى الخاص – الطبعة التاسعة – ١٩٨٦ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – بند ١٤٣ ومايليه ص ٥٢٧ ومابعدها ، **أحمد عبد الكريم سلامة** – الإستعجال فى المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٨٦ ومابعدها ، **إبراهيم أحمد إبراهيم** – القانون الدولى الخاص – مركز الأجانب ، وتنازع القوانين – ١٩٩٢/١٩٩١ – بدون دار نشر – ص ٥٨٢ ومابعدها ، **فؤاد عبد المنعم رياض / سامية راشد** – مبادئ تنازع القوانين ، وتنازع الإختصاص القضائى الدولى – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٣٣ ومابعدها . وبصفة خاصة ، مضمون فكرة النظام العام الدولى ، ودور القاضى العام فى الدولة فى إعمال فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – ص ١٤٢ ومابعدها ، **هشام على صادق** – تنازع القوانين – دراسة مقارنة فى المبادئ العامة ، والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى – ١٩٩٣ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٣ ومايليه ص ٢٩٧ ومابعدها . وبصفة خاصة ، تطور فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – بند ٨٤ ومايليه ص ٢٩٩ ومابعدها .

القواعد التى تتعلق بممارسة الدولة لحريتها العامة ، وطريقة مباشرتها لسيادتها ، بواسطة سلطاتها التشريعية ، التنفيذية ، والقضائية .

أما الأسس الإقتصادية ، فيقصد بها :

كل مايتعلق بتنظيم الإنتاج القومى ، ومابه من حرية ، أو قيود ، ونظام النقد ، التجارة الخارجية ، الإدخار ، والإئتمان .

أما المقصود بالأسس الإجتماعية ، فهى :

مجموعة القواعد التى تكفل تحقيق الأمن ، والنظام فى المجتمع كالقواعد التى تنظم الأسرة – من زواج ، طلاق ، نسب ، نفقة ، وقرابة – إلى غير ذلك من مسائل النظام العام فى القانون الوضعى المقارن .

أما المقصود بالأسس الأخلاقية ، والدينية ، فهى :

مجموعة الأسس الازمة لحفظ كيان المجتمع الإنسانى ، وتقدمه – كتقاليد المجتمع ، لغته ، حضارته ، تراثه التاريخى ، معتقداته الدينية ، وأخلاقياته [1] .

أما المقصود بالآداب العامة ، فهى :

مجموعة القواعد التى وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ، طبقا لقاموس يسود علاقاتهم الإحتماعية ، أى هى مجموعة المصالح الجوهرية التى تمس الأخلاق فى الجماعة :

فالآداب العامة تتصل بأسس المجتمع ، وأخلاقياته . ولهذا ، كانت القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بهذه الأسس قواعد قانونية وضعية آمرة ، لايجوز الخروج عليها .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المقارن إلى أن فكرة النظام العام فى القانون الوضعى هى فكرة مستقلة عن فكرة الآداب العامة ، فهى

---

(١) أنظر : محمد حسام محمود لطفى – المرجع السابق – ص ٥٧ ومابعدها .

وإن كانت تمثل الأساس الأخلاقى للمجتمع الإنسانى ، إلا أنها تكون متميزة عن باقى الأسس التى يقوم عليها النظام العام فى القانون الوضعى .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن إلى أن فكرة الآداب العامة هى جزء من النظام العام فى القانون الوضعى ، والذى يضم كل الأسس التى يقوم عليها كيان الدولة . بما في ذلك ، الأساس الأخلاقى ، وهو الآداب . وأن أساس هذا التمييز ، هو اختلاف النتيجة المترتبة على مخالفتها فى النظام القانونى الوضعى الفرنسى ، دون النظام القانونى الوضعى المصرى ، لأن التفرقة بين النظام العام ، والآداب العامة قد أصبحت غير ذات جدوى ، بعد أن أفصح المشرع الوضعى المصرى عن نيته فى توحيد الجزاء عند مخالفة أيهما ، بل إنه مع صراحة نص المادة (٢/٧٣٩) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره ، ولو كان هناك اتفاقا يقضى بغير ذلك وله أن يثب مأداه بجميع الطرق " [١] .

بينما يرى البعض الآخر من فقه القانون الوضعى المقارن أن أساس التمييز بين فكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، وفكرة الآداب العامة يكون ذاتيا وليس متصلا بالنتيجة المترتبة على مخالفتها فى القانون الوضعى . فتتميز فكرة النظام العام فى القانون الوضعى عن فكرة الآداب العامة ، رغم وحدة الجزاء المطبق عند مخالفة القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بأيهما [٢] .

---

(١) أنظر : فقه القانون الوضعى المقارن المشار إليه فى : محمد حسام محمود لطفى - المدخل للدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة - ١٩٩٠ /١٩٩١ - ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) حول مضمون فكرة النظام العام ، ودورها فى مجال تنازع القوانين أنظر : ثـروت حبيب - دروس فى القانون التجارى - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - ١٩٨٢ - بند ٢٢٩ ومابعدها

وفكرة النظام العام فى القانون الوضعى بهذا الشكل – وفى نطاق القانون الوضعى الداخلى – تعبر عن القواعد القانونية الوضعية التى لايسوغ للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفتها . ومثال ذلك : قواعد الأهلية تعتبر فى كل قانون وضعى من النظام العام ، بحيث لايسوغ للأفراد والجماعات الإتفاق على تغيير سن الرشد مثلا ، فلايجوز لمصرى أن يتفق على أن بلوغه سن الرشد يكون عند سن الخامسة ، والعشرين ، لأن القاعدة القانونية الوضعية التى تحدد سن الرشد فى القانون الوضعى المصرى بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعد من النظام العام فى مصر . وكذلك ، أحكام الأهلية تعد من النظام العام فى القانون الوضعى ، وتقدير الأهلية يتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، فلا يجوز الإتفاق على تعديل أحكام الأهلية ، أو الإنتقاص منها .

تفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم [١] :

فيما يتعلق بتفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، فإنه قد وجدت عدة تصورات مستوحاه بواسطة القضاء المقارن لهذه الفكرة ، وتطبيقها بشأن نطاق التحكيم . فنعرض أولا : للتصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القضاء المقارن بشأن نطاق نظام التحكيم ، ثم نعرض بعد ذلك للتصور الحديث لهذه الفكرة .

، جمال مرسى بدر – التعليق على الأحكام – مجلة كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة السابعة – ١٩٥٧ /١٩٥٨ – العددان الثالث ، والرابع – ص ص ١٨٥ – ٢٠٦ . حيث دراسة أثر فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، ومجالات تطبيقها بشأن تنازع القوانين الوضعية المقارنة فى العلاقات الخاصة الدولية ، هشام على صادق – المرجع السابق – بند ٨٦ ومايليه ص ٣١٦ ومابعدها ، فؤاد عبد المنعم رياض – المرجع السابق – ص ١٤٩ ومابعدها .

(١) فى دراسة تفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢١١ ومابعدها .

أولا :

التصور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

وجد تصورا تقليديا فى القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، أى تأثير فكرة النظام العام على المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد والجماعات – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ويقوم هذا التصور على بطلان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – لمجرد مساس المسألة التى نشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمناسبتها بالنظام العام فى القانون الوضعى . وبمعنى آخر ، فإن وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينة ، يعنى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد صار – **وبالضرورة** – غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [1] .

فنجد من الأحكام القضائية التى أخذت بهذا التصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم قد ذهبت إلى أنه إذا كان هناك قواعد قانونية وضعية تنظم مسألة معينة – **كالقواعد القانونية الوضعية المتعلقة بوضع تسعيرة لسلعة معينة** – فإن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، لايكون قابلا للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لأن ذلك

---

(١) أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris – . N . 10 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , edition . 1990 . N . 27 . P . 31 . N . 31 . P . 33 .

سوف يفوت على المشرع الوضعى المقاصد التى كان يبغى تحقيقها من وراء تنظيم هذه المسألة ، بقواعد قانونية وضعية آمرة [1] .

ثانيا :

التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

يقوم التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن على الأخذ بمفهوم ، أو تصور أكثر مرونة من التصور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، يساعد على تشجيع إلتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، حيث أكدت أحكام القضاء المقارن أن بطلان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاينتج فقط من أن المسألة التى نشأ بمناسبتها النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة . بمعنى ، أن وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، وملزمة تنظم مسألة معينة ، لايؤدى - وبالضرورة - إلى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، يكون غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم لمعالجة مايمكن أن تثيره فكرة النظام العام فى القانون الوضعى من تعقيدات فى علاقتها بنطاق نظام التحكيم ، حيث أنها فكرة غير محددة تحديدا دقيقا فضلا عن تعدد القوانين الوضعية المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 31 et s. P. 40 et s.

مما يسبب صعوبة تطبيق هذه الفكرة بشأن نطاق نظام التحكيم ، إذا ماأخذنـــا بالتصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القانون الوضعـــى ، فـــى علاقتـــها بنطاق المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم [1] .

تفسير فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى بشأن نطاق نظام التحكيم :

رفض فقه القانون الوضعى المقارن من جانبه التصور التقليـدى لفكـرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم – **والتى كـــانت تقوم فى جوهرها على أن الإتفاق على التحكيم الذى يكون موضوعه نزاعـا نشأ بمناسبة مسائل معينة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة يكون باطلا ، وهذا البطلان الذى يصيب الإتفاق على التحكيم يرجع إلى عدم قابلية النزاع موضوعه ، للفصل فيه عن طريق نظـــام التحكيـــم** – وأخـذ بالتصور الحديث لفكرة النظام العام فى القانون الوضعـــى ، **والقائمـــة فـــى** جوهرها على أن بطلان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** – لاينتج فقط من أن النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد نشـــأ بمناسبة مسألة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة . وبمعنـــى آخر ، وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينـــة ، لايـؤدى –

---

(١) أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 12 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . par : JEAN – ROBERT : N . 44 et s . N . 50 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 56 et s .

وانظر أيضا :

Cass . Com . 28 Nov . 1950 . Bull . Civ . 111 . N . 355 . D . 1951 . 170 . S . 1951 , 120 . Note : ROBERT . Gaz . Pal . 1951 . 1 . 80 ; Cass . Com . 27 Juin . 1956 . Bull . Civ . 111 . N . 196 . Rev . Arb . 1957 . P . 14 ; Cass . Civ . 1 . 18 Mai . 1971 . D . S . 1972 . 37 .

وبالضرورة - إلى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد أصبح غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . فلايكفى أن توجد صلة بين النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، والقواعد القانونية الوضعية المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، ولكن يجب أن يتضمن الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم مخالفة له - أى للنظام العام فى القانون الوضعى المقارن [1] .

نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى :

لم يجعل القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم جائزا بصورة مطلقة ، بحيث لايمكنهم الإتفاق على الفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . فقد نصت المادة (٢٠٥٩) من

---

(١) أنظر :

RUBELLIN - DEVICHI : Nature Juridique . Arbitrage . Droit interne . Droit international prive . N . 42 et s , N . 55 et s ; GEORGE VANCHEKE : Arbitrage et Regles de concurrence . Rev . Arb . 1978 . P . 191 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 32 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 28 .

وانظر أيضا :

Note : MOTULSKY , Rev . Arb . 1955 . P . 21 ; Cass . Civ . 1954 : D . p . 1954 . 1 . 6 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٦ ص ٥٥٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١١ ومابعدها .

القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** - على أنه " **يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم فى كل الحقوق التى يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها** " [١] .

ثم تولت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى تحديد المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . وهى : مسائل الحالة ، الأهلية ، تلك المتعلقة بالطلاق ، الإنفصال الجسمانى [٢] ، والمنازعات المتعلقة بالهيئات ، والمؤسسات العامة الفرنسية . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيم فى المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكن التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى بالتحكيم بموجب مرسوم [٣] .

وإذا كان القانون الوضعى الفرنسى لايجيز التحكيم فى مسائل الحالة الأهلية ، والمنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو غيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية - **أى أشخاص القانون العام الفرنسى** - والمؤسسات العامة الفرنسية ، وبصفة عامة ، كافة الأمور المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإن فقه القانون الوضعى الفرنسى وأحكام القضاء فى فرنسا قد استقرت على استبعاد نظام التحكيم فى

---

(١) أنظر :

La loi N . 74 . 631 du Juillet . D . 1974 . 244 .

(٢) فى بيان أحكام نظام الإنفصال الجسمانى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

ALEX – WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit ., P . 447 et s

(٣) أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

المنازعات ذات الطبيعة الجنائية ، أو الإدارية ، أو الضرائبية ، وفى مسائل الإفلاس ، أو تصفية الأموال ، وفى المنازعات المتعلقة ببراءات الإختراع والملكية الأدبية ، والفنية ، وفيما يتعلق بتطبيق قانون العمل الفرنسى ، أو نظام الشركات ، والرقابة على النقد [1] ، [2]

---

(١) أنظر :

EMILE – TYAN : Le Droit de l'arbitrage. P. 23 et s; Repertoire De Droit. 1972. N. 22 et s; Repertoire De Droit Civile. 1977. N. 9 et s; Repertoire De Droit Procedure Civile. 1988. T. 1. La clause compromissoire. Le compromis. N. 143 et s; FEBREMONT : L'arbitrage interne et les procedures conventionnelles en matiere de propriete industrielle. 1983. La These precitee. P. 19 et s; JEAN – ROBERT : Arbitrage. Cinquieme edition. 1983. N. 42 et s. P. 35 et s; MAYER : L'autonomie de l'arbitrage international dans l'aappreciation de sa propre competence. Recueil des cours. 1989. P. 437 et s.

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٦ ومابعدها .

(٢) فى بيان بعض مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، والتى لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

H. SINAY : Les Convention sur les pensions alimentaires. Rev. Trim. Dr. Civ. 1954. P. 228 et s; JOSEPH MONESTIER : Le moyen D'ordre public. These., Toulouse. 1965. P. 935 et s; ROBERT et MOREAU : L'arbitrage. Droit interne. Droit international., 5 e. ed. 1983. N. 35; P. LEVEL : Juris – Classeur. Civile. art. 2050 – 2061; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur. 1989. Procedure Civile. Fasc. . ou commercial.

وانظر أيضا :

Cass. Req. 7 Fev. 1826 : D. P. 26. 1. 160; Cass. Civ. 1. 31 Mars. 1971. D. S. 1971. Somm. 201, 15 Mai. 1973. D. S. 1973. 478.

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٦ ومابعدها .

نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى [1] :

لم يطلق المشرع الوضعى المصرى العنان لإرادة الأفراد ، والجماعات فى الإتفاق على التحكيم ، وإنما حصر نطاق التحكيم فى منازعات معينة وحظر على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إليه فى منازعات أخرى .

فتنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – على أنه :

" لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " .

كما تنص المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز الصلح فيها** " [2] .

فالحق لايكون محلا للتحكيم إذا كان مما لاتجوز المصالحة عليه .

وتنص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

---

(1) فى دراسة المسائل التى لايجوز الفصل فى فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عن طريق نظام التحكيم ، فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٠ ومابعدها .

(٢) ويقابل ذلك نص المادة (٨١٩) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، والتى كانت تنص على أنه :

" التحكيم لايصح فى نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ، ولافى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " . وقد رأى المشرع الوضعى المصرى فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الإكتفاء بالإشارة إلى المسائل التى لايجوز فيها الصلح ، لأن الأحوال الشخصية مما تشملها هذه المسائل ، بصريح نص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى ، والجنسية ممايدخل تحت مدلول النظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

" لايجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

وعلة إخراج المنازعات التى لايجوز الصلح فيها من نطاق نظام التحكيم هى :

رغبة المشرع الوضعى المصرى فى بسط ولاية القضاء العام فى الدولة على هذه المنازعات ، وهو مايقتضى منع الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيها [1] .

والمادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى قد حددت المسائل التى لايجوز فيها الصلح . وهى : المتعلقة بالحالة الشخصية ، أو بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

ومن ثم ، لايجوز التحكيم فى هذه المسائل [2] . فضلا أن المشرع الوضعى المصرى قد أجاز شرط التحكيم فى المواد المدنية ، والمواد التجارية على حد سواء [3] .

---

(١) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١ ص ٧١٧ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – بند ٤٦ ص ٩١ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١ ص ١٤٥ .

(٢) فى بيان أحكام الصلح فلى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ، أنظر : يس محمد يحيى – عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون المدنى – دراسة مقارنة – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٧٥ ص ٣٦٩ ومابعدها ، توفيق حسن فرج – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ص ١٨٣ ومابعدها ، أحمد نصر الجندى – الولاية على المال – ص ٢١٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١ ص ١٤٦ .

منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى :

من المنازعات المستبعدة من نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى : مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، المسائل الجنائية ، إجـراءات التنفيذ ، والدعاوى الازمة لصحتها .

كما لايجوز التحكيم فى المنازعات المتصلة بأموال تمنع الأنظمة القانونية الوضعية التعامل فيها - كالتعامل فى المواد المخدرة " المخدرات " ، أو الأسلحة ، وغيرها - ولافى المنازعات الناشئة عن ديون القمار ، والمراهنات ، إلا إذا استثنت الأنظمة القانونية الوضعية شيئا منها . وكذلك المنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة ، وغيرها [١] .

فضلا عن الخلاف فى فقه القانون الوضعى المصرى ، وأحكام القضاء فى مصر بشأن مدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، بخصوص الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم - سواء كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم معروضا بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للفصل فيه ، أم لم يكن قد عرض عليها بعد .

أولا :

مسائل الأحوال الشخصية البحتة Les stauts personnels :

---

[١] أنظر :

EMIL – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 38 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥١/٢ ص ١٤٨ .

فكرة عامة عن مسائل الأحوال الشخصية (١) :

تحديد مسائل الأحوال الشخصية كان مثارا لخلاف شديد بين الشراح والمحاكم فى مصر ، كما عانى نفسه التشريع الوضعى المصرى ، فلم يكن هذا الإصطلاح " **الأحوال الشخصية** " معروفا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء ، ولم يذكر المشرع الوضعى المصرى هذا الإصطلاح فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم ، وإنما استعمل عبارة " **المواد الشرعية** " .

ويختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى . **فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية . والبعض الآخر منها يوسع من نطاق مفهومها (٢) .**

ففى فرنسا ، يدخل فى مدلول الأحوال الشخصية : الحالة **Etat** ، والأهلية **Capacite** ، ولكن هذا الإصطلاح يكون له مدلولا أوسع فى إيطاليا ، **حيث يشمل إلى جانب الحالة ، والأهلية :** المواريث ، الوصايا ، والهبات استنادا إلى مابين نظام الإرث ، والروابط العائلية من وثيق الصلات . فالقانون الوضعى الفرنسى يجعل المواريث من الأحوال العينية – **على خلاف القانون الوضعى الإيطالى ، والذى يجعلها من الأحوال الشخصية (٣) .**

---

(١) ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابلا فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أو فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن . فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الإسلامية الغراء ينصرف إلى الزواج ، كما ينصرف إلى البيع . ويضم القانون المدنى الفرنسى قواعد الزواج ، والميراث ، إلى جانب قواعد الإلتزامات ، والحقوق العينية .

(٢) فى بيان العوامل التى تؤدى إلى اختلاف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٤٨ ومابعدها .

(٣) أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ٢٥١ ومابعدها ، توفيق حسن فرج – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ١٩٨٢ – مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية – فتحى

أما النظام القانونى الوضعى المصرى ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية ، وبين مايسمى بالأحوال الشخصية من ناحية أخرى ، وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم ، فى جانب كبير من معاملاتهم .

وقد زالت الآن كل هذه الإعتبارات ، وأصبح من غير الممكن إستخدام إصطلاح الأحوال الشخصية فى الأغراض التى نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانونى الوضعى المصرى فى مجموعه ، وهى مخالفة يقع فيها المشرع الوضعى المصرى فى بعض الأحيان [1] .

(أ) :

محاولات القضاء المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية ، فى الحكم القضائى الصادر منها فى الحادى ، والعشرين من شهر يونية سنة ١٩٣٤ ، حيث قررت فيه أنه : " **المقصود بالأحوال الشخصية ، هى مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، أو العائلية التى رتب القانون**

حسن مصطفى – الأحوال الشخصية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد عزمى البكرى – مسائل الأحوال الشخصية – ١٩٩١/١٩٩٠ – دار محمود للنشر ، والتوزيع بالقاهرة – أحمد نصر الجندى – الولاية على المال – ١٩٩٣ – المكتبة القانونية بالأسكندرية .

(١) أنظر : سمير عبد السيد تناغو – إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء – مقالة منشورة بمجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة الرابعة عشر – ١٩٦٩ – العددان الثالث ، والرابع – ص ١٧٤ ، أنور العمروسى – الأحوال الشخصية – ١٩٩٣ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – – ص ٩٣ ومابعدها .

الوضعى المصرى عليها أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ، ككونه ذكرا ، أو أنثى ، وكونه زوجا ، أو أرملا ، أو مطلقا ، أو إبنا شرعيا ، أو أبا وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها ، لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية " [١] .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكره ، تأثره فى ذلك بتعريف فقه القانون الوضعى الفرنسى للحالة ، حيث أنه لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة ، والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة ضمن الأولى ، مع أنها فى الواقع نتيجة لها [٢] .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها – **بحسب الأصل** – من الأحوال العينية . فالوقف ، الهبة ، الوصية ، النفقات – وعلى اختلاف أنواعها – ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع الوضعى المصرى وجد أن الوقف ، الهبة ، والوصية كلها من عقود التبرعات ، وتقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ، كى يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية ، التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ، ذا أثر فى تقرير الحكم القضائى الصادر منها ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليها للفصل فيها [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٢١/٦/١٩٣٤ – مجموعة القواعد القانونية فى (٢٥) عاما – الجزء الأول – ص ١١٧ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليها – ص ٢٥٢ .

[٢] أنظر : محمد كمال حمدى – المرجع السابق – ص ٢٥٢ .

[٣] فى تقييم تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية – بين مؤيد ، ومعارض – وتمييزها عن الأحوال العينية ، أنظر : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليها – ص ١٧٥ .

(ب) :

محاولات المشرع الوضعى المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

حاول المشرع الوضعى المصرى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين :

المرة الأولى :

فى نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة – والصادرة سنة ١٩٣٧ – والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية .

وتنص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم على أنه :

" تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ، وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة . وعلى الأخص ، الخطبة والزواج ، وواجباتهما المتبادلة ، والمهر ، والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والتطليق ، والطلاق ، والتفريق ، والبنوة ، والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول ، والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب ، والتبنى ، والولاية ، والوصاية ، والقوامة والحجر ، والإذن بالإدارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات ، والمسائل المتعلقة بالمواريث ، والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت " .

والمرة الثانية :

فى نص المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، والذى أعطى الإختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، والذى يكاد يكون منقولا نقلا حرفيا عن نص المادة

(٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - **والصادرة سنة ١٩٣٧** - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية . ولذا ، نكتفى بالإحالة إليه ، منعا للتكرار .

ويتبين لنا من المقارنة بين نص المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، أن النص القانونى الوضعى الأول كان يجعل الدوطة مرادفة للمهر وهو أمرا يخالف الواقع . فقد أكد النص القانونى الوضعى الثانى على أن **الدوطة غير المهر .**

كما أن النص القانونى الوضعى الثانى أضاف مسألة الولاية ، واعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية . فى حين أن المادة (٢٨)) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لم تشر إليها .

مسائل الأحوال الشخصية :

يجمع فقه القانون الوضعى المقارن على تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة ، ومواد تتصل بالمصالح المالية **- أى تتصل بالمال .**

والأولى :

وهى مسائل تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى :

ومنها : المسائل المتعلقة بالنسب ، الزواج ، الطلاق ، البنوة ، الحضانة ، ثبوت الوراثة ، تحديد سن الولد ، وماإذا كان قد بلغ سن الرشد أو لم يبلغه بعد ، وغيرها من المسائل المتعلقة بالحالة .

وهذا النوع الأول " مسائل الأحوال الشخصية البحتة " ، لايجوز التحكيم في المواد المتصلة بها [١] .

فلايجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا ، أم متبنى ، أم لاينتسب إلى أسرة ما [٢] . أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا ، أم باطلا [٣] . أو خصومة تتصل بما إذا كان شخص ما يعتبر وارثا ، أم غير وارث . أو في خصومة تتعلق بحضانة طفل رضيع ، أو بحقوقه على والديه [٤] . أو في خصومة تتعلق بالحجر على شخص ،

---

[١] أنظر : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٧٠ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات في التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، أحمد عبد الفتاح الشلقانى - التحكيم في عقود التجارة الدولية - مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - العدد السابع السنة العاشرة - ص ص ٥ - ٩٧ . وخاصة ، ص ٢١ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - ص ٢٠٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

[٢] أنظر : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٦٦ ص ٧٠ ، عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤٥٣ ص ٦٢٢ ، أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - ص ٦٣٨ - الهامش رقم (١٥) .

[٣] أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائي المدنى - بند ٣١ ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٧٤٧ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٥ ص ٢٠١ .

[٤] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ص ١٤٧.

باعتبار أن أحكام الحجر تكون متعلقة بالنظام العام فـــى القــانون الوضعـــى وكل اتفاق يخالف أحكامه بشأنها يقع باطلا ، وما ذلك إلا تطبيقا لنص المــادة **(٤٨) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :**

" ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها " .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن تحديد ماإذا كان شخص ما قد بلغ ســن الرشد ، أم لم يبلغه بعد [١] .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم على حق الزوجة فى النفقة ، أو على حــق الزوج فى إيقاع الطلاق بزوجته [٢] .

أما مايترتب على مسائل الأحوال الشخصية من آثار مالية ، فإنه يجـــوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عنـــها ، كالإتفــاق بين الورثة على التحكيم لحصر ، وتوزيع التركة ، أو بالنســبة للنفقــة بيــن الزوجين ، والأقارب [٣] ، أو التعويض عن فسخ الخطبة [٤] ، أو فيما يــترتب

---

[١] أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنــد ١/٥١ ص ١٤٧ .

[٢] أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 77 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , edition . 1990 . N . 150 et s . P . 123 et s .

وانظر أيضا : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠١ ، أحمـــد أبـــو الوفـــا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، حسنى المصـــرى – شـــرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٥ ص ٢٠١ ، أسامة الشناوى – المحـــاكم الخاصـــة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٢٧ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيـــم فى المـــواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، محمود رضا الخضيرى – المرجع السابق – ص ٢٩٠ .

على عقد الزواج الباطل من آثار ، أو فى تنظيم إدارة التركة قبل تقسيمها [١] ، إلى غير ذلك من المصالح المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية [٢] . فالمصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية – كالحق فى النفقة ، أو الميراث – يصح الإتفاق على التحكيم فى نزاع يتصل بها ، لأنه يجوز الصلح عليها . إذ أن حظر الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – إنما يكون قاصرا على الحالة الشخصية فى ذاتها ، دون ما يترتب عليها من آثار مالية [٣] .

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ .

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

[٢] أنظر : أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٦ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٢٨ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٥ .

[٣] فى دراسة التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، أنظر :
Dalloz Encyclopedie Juridique . op . cit . , N . 85 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , N . 27 et s ; Repertoire De Droit Civile . T . 111. 1989 . N . 59 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 29 . p. 32 ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 27 et s .
وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ومابعدها .

ثانيا :

مسائل الجنسية :

الجنسية هي :

الصلة القانونية التي تربط فرد ما بدولة معينة .

أو هي :

الإنتماء القانوني لشخص ما إلى السكان المكونين للدولة (١) .

وتلحق الجنسية بالقانون الوضعي العام ، لأنها تمس تكوين الدولة ذاتها (٢) . ومادام أن الجنسية هي مظهرا من مظاهر سيادة الدولة (٣) ، فإنه لايجوز **الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - للفصل في نزاع يتصل بطلب اكتساب جنسية ما . ولكن ليس ثمة مايمنع الإتفاق على التحكيم**

---

(١) أنظر : **أحمد قسمت الجداوي / حسان الدين ناصف** - مبادئ القانون الدولي الخاص - المطبعة القانونية بالأسكندرية - - ١٩٩٦ - ص ٢٠٩ ، **أشرف عبد العليم الرفاعي** - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٥ .

(٢) أنظر : **شمس الدين الوكيل** - القانون الدولي الخاص " الجنسية ، ومركز الأجانب " - دار الفكر العربي بالقاهرة - ١٩٨٣ - ص ٦٥ ، **محمد كمال فهمي** - المرجع السابق - ص ٦٤ ، **مصطفى كامل إسماعيل** - الإختصاص في مسائل الجنسية - مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - ١٩٥٠ - ص ١٣٣ . وبصفة خاصة ، ص ١٥٢ .

(٣) فالجنسية تكون فرعا من السيادة ، ولازما من لوازمها ، أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر في (١٦) مايو سنة ١٩٣٥ - مجموعة محمود عمر - الجزء الأول - رقم (٢٢٦) - ص ٧٧٩ .

شرطا كان ، ام مشارطة – للفصل فى نزاع يتصل بطلب التعويض عن قرار إدارى ، كان قد صدر مخالفا للقانون الوضعى فى شأن الجنسية [1] .

ثالثا :

المسائل الجنائية :

الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة . ومن ثم لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – لأن توقيع العقوبات الجنائية لايصح أن يتولاه أشخاص عاديون ، ولو كانت هيئة تحكيم ، لأنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** – فى الجرائم المختلفة ، لأن الحق فى إقامة الدعوى الجنائية عنها يتعلق بالمجتمع ، وهذا أمرا يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى فلايجوز الصلح عليه ، لامع النيابة العامة ، ولامع المجنى عليه نفسه .

فلايجوز أن يتناول الإتفاق على الصلح ، أوالتحكيم الجرائم ذاتها . **فكل جريمة تنشأ عنها دعويين :**

الدعوى الأولى :

دعوى جنائية :

تختص بتحريكها السلطات العامة ، ممثلة فى هيئة النيابة العامة .

والدعوى الثانية :

دعوى مدنية :

صاحبها هو المجنى عليه . وأنه وإن كان لهذا الأخير مطلق الحرية فى أن يتصالح عن حقه فى التعويض المدنى ، وأن يتنازل بالشروط التى يراها عن تحريك الدعوى المدنية ، فإنه لايستطيع – سواء عن **طريق الإتفاق على**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٧٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٤٧ .

الصلح ، أو التحكيم – أن يكون عقبة فى سبيل تحريك الدعوى الجنائية – **والتى ترمى إلى إصلاح الضرر الإجتماعى المترتب على ارتكاب الجريمة** – لأنه **لايستطيع** التصرف فيما لايملكه ، باعتبار أن الدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجريمة هى من حق المجتمع ، وتباشرها النيابة العامة – وبالنيابة عنه – وعلى ذلك ، فلايؤثر الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بين الجانى ، والمجنى عليه على سير الدعوى الجنائية .

فالإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، **أم مشارطة** " – **كأصل عام** – لايجوز فى صدد قيام الجريمة ، أو عدم قيامها ، وفى صدد نسبتها إلى فاعلها ، وفى صدد العقوبة الجنائية الواجب إعمالها ، جزاء على مارتكبه الجانى [1] . ولايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – مع المجنى عليه ، على عدم تبليغ السلطات العامة بالجريمة مقابل حصوله على مبلغ من المال ، لأن فى الجريمة إعتداء على المجتمع لاعلى شخص المجنى عليه فقط [2] .

---

(١) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى – العقود المسماه – ١٩٦٠ – مطابع دار الكتاب العربى بمصر – بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٦ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ – مجموعة النقض – س (٣١) ص ١٩٨٩ – رقم (٣٦٩) ، ١٩٨٧/١١/١٩ – فى الطعن رقم (١٤٧٩) – لسنة (٥٣) ق .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٧٩ ص ٧٤ .

كما لايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - مع النيابة العامة ، فى الجرائم المختلفة - **وأيا كان نوعها " جنايات ، جنح ، أو مخالفات "** .

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بأنه : " **مفاد نص المادة (٤/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أنه لايجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية ، وإلا عد باطلا ، لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى انصب عليها الإتفاق على التحكيم . وبالتالى ، كانت سببا للإلتزام فى السند ، إنما تتناول الجريمة فى ذاتها ، وتستهدف تحديد المسئول عنها ، وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم ، وهو مايستتبع أن يكون الإلتزام فى السند باطلا ، لعدم مشروعية سببه** " [١] .

وكانت المادة (١٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى تنص قبل إلغائها على أنه :

---

[١] أنظر :

Cass . Civ . 22 Janv . 1947 . Gaz . Pal . . 1 . 76 ; Paris . 9 Dec . 1955 . Rev . Arb . 1955 . P . 101 .

وانظر أيضا :نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ - فى الطعن رقم (٥٦٢ - س (٤٧) ق - مجموعة أحكام النقض - السنة (٣١) - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أحمد أبو الوفا** - الإشارة المتقدمة ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٦ .

" **يجوز الصلح فى مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب ، أو على الحكم بشئ آخر غير الغرامة ، أو الحبس ، ويجب على محرر المحضر فى الأحوال السابقة أن يعرض الصلح على المتهم ويثبت ذلك فى المحضر ، وإذا لم يكن المتهم قد سئل فى المحضر ، وجب عليه أن يخطر بالصلح بإخطاره رسميا** " .

كما كانت المادة (٢٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى تنص على أنه :

" **يجب على المتهم الذى يرغب فى الصلح أن يرفع فى ظرف ثلاثة أيام من يوم عرضه عليه مبلغ خمسة عشر قرشا فى الحالة التى لايعاقب فيها القانون بغير الغرامة ، وخمسين قرشا فى الحالة التى ينص فيها القانون بعقوبة الحبس أو الغرامة بطريق الخيرة ، ويدفع المبلغ إلى خزانة المحكمة أو إلى النيابة العامة أو إلى ألى شخص** " .

ولكن هذا النظام قد ألغى بمقتضى المادة (٢٥) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٥٢) لسنة ١٩٥٣ [١] .

ومع ذلك ، فإن بعض القوانين الوضعية الخاصة تجيز الصلح عن المخالفات المقررة فيها ، وفى أحوال خاصة – **كقوانين المرور ، الجمارك ، والضرائب** – فعلى سبيل المثال ، نجد أن القانون الوضعي المصرى قد قرر أن الضرائب ، والرسوم تفرض بقانون ، أو بناء على قانون ، وأنه لايجوز إعفاء أحدا من الضرائب ، إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون الوضعى المصرى .

ومسألة فرض الضرائب ، والرسوم من المسائل التى لاتخضع للإتفاق بين الدولة ، والأفراد ، أو الجماعات ، وإنما تفرضها الدولة بما لها من حق السيادة ، ونتيجة لالتزاماتها بالتكاليف العامة . ومن ثم ، فإنه لايجوز الإتفاق

---

[١] أنظر : رؤوف عبيد – مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى – الطبعة الثانية – ١٩٨٥ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٥ ومابعدها .

على الصلح ، أو التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على مبدأ فرض الضرائب ، والرسوم [١] .

ومع ذلك ، فإنه قد تتفق الجهة المختصة بتحصيل الضريبة مع الممول ، في شأن الضريبة التى تفرض عليه ولايصح أن يمس هذا الإتفاق المسائل القانونية الخاصة بالضريبة ، إذ لايجوز أن تكون هذه المسائل موضعا لاتفاقات خاصة بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بل يجب أن تلتزم فيها حكم القانون الوضعى المصرى . ومن ثم ، فإنه يجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة - بين الممول وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بشأن المنازعات التى تثور بصدد تحديد الأموال الخاضعة للضريبة ، منعا من رفع هذه المنازعات إلى القضاء العام فى الدولة [٢] .

وقد يجيز المشرع الوضعى المصرى الإتفاق على الصلح . ومن ثم الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق الصلح ، أو التحكيم [٣] ، [٤] .

---

[١] أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٠ ص ٣٣٥ .

[٢] أنظر : إدوار غالى الذهبى - الصلح فى جرائم التهرب من الضريبة على الإستهلاك - مقالة منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - س (٢٨) - ١٩٨٤ - العدد الثالث - ص ١٤٥ ومابعدها .

[٣] فى استعراض بعضا من القوانين الوضعية المصرية التى صدرت ، وأجازت الإتفاق على الصلح بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق المصالحة ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ٨٠ ص ٣٣٥ ومابعدها .

وإذا كان المبدأ المقرر فى القانون الوضعى المصرى أن الصلح عن الجرائم لايجوز ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد لاحظ أن مخالفات المرور ليست ذات خطر ، وأنها ليست من قبيل الجرائم العادية - **والمنصوص عليها فى قانون العقوبات المصرى - فأجاز الإتفاق على** الصلح عن هذه المخالفات ، بدفع المخالف مبلغا من النقود ، ويطلق عليه مبلغ الصلح . ويترتب على ذلك ، إنقضاء الدعوى الجنائية قبل المخالف ، دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء العام فى الدولة (١) .

والمسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تكون محلا **للإتفاق على التحكيم ، لأنه يجوز فيها الصلح - كالتعويض المستحق للمجنى عليه (٢) .**

---

(٤) فى بيان مدى جواز الصلح عن الضرائب ، والرسوم ، أنظر :

La FONT (PIERRE) : **De transation en matiere Fiscal . These. Paris . 1966 . P. 160 et s**

وانظر أيضا : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٧٨ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها .

(١) فى بيان أحكام نظام الصلح فى مخالفات المرور فى النظام القانونى الوضعى المصرى ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٥ ومايليه ص ٣٤٣ ومابعدها .

(٢) أنظر : محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ص ١٤٨ ، يس محمد يحي - عقد الصلح - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٧ ، ١٧٧ ص ٣٢٥ ومابعدها .

فيجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى شـــأن تقديـــر التعويض المستحق للمجنى عليه ، وهذا لايمنع من رفع الدعوى الجنائية على الجانى ، أو من السير فيها (١) .

وإذا جاز الصلح بين المسئول عن الجريمـــة ، والمجنـــى عليـــه عـــن التعويض المدنى ، فإنه لايجوز الصلح . ومن ثم ، الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيما بين المسئولين المتعددين عـــن الجريمـــة ، على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنـــى عليـــه . فتحديـــد هـــذه المسئولية من النظام العام فى القانون الوضعى ، ولايجوز التحكيم فيها (٢) .

رابعا :

إجراءات (٣) ، ومنازعات التنفيذ (٤) :

---

(١) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـــارن - بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى - المرجع الســـابق - بنـــد ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

(٢) أنظر : محمود جمال الدين زكى - العقود المسماه - بند ٣٧٠ ص ٥٥٨ ، أحمـــد محمـــد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشـــار إليـــها - ص ٢٠٧ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأســـكندرية - ص ٧٤٧ ، عـــز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامســـة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المـــواد المدنية والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ .

(٣) فى دراسة تفصيلية لإجراءات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - التنفيذ - الطبعـــة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١١٣ ومايليه ص ٢٢٩ ومابعدها .

تمكينا للدائن من أن يحصل على حقه جبرا ، فقد خولته الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - الحق في إجراء التنفيذ الجبرى ، بحصوله على السند التنفيذى ، واعتبر هذا السند كافيا لإجراء التنفيذ . فتأكيد السند لحق الدائن الموضوعى ، يكفى لإجراء التنفيذ ولو لم يكن الدائن هو صاحب الحق الموضوعى في الواقع .

وقد نظمت مجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية المصرية التنفيذ الجبرى في الكتاب الثانى منها " **المواد (٢٧٤) - (٤٨٦)** " ، في أربعة أبواب .

وقد يحدث أن يكون مع الدائن سندا تنفيذيا ، ولكن ليس لديه في الواقع الحق الموضوعى الذى يؤكده السند ، أو يكون مع الدائن سندا تنفيذيا معيبا - **سواء من ناحية تكوينه ، أو باعتباره سندا** - أو لايكون مع الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق ، أو يكون معه سندا تنفيذيا ، ولكنه يقوم بالتنفيذ على مال ليس للمدين ، أو على مالايجوز الحجز عليه ، أو يقوم بالتنفيذ دون اتباع الإجراءات التى تنص عليها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** . ولتلافى ذلك ، وللموازنة بين مصلحة الدائن في إجراء التنفيذ ، ومصلحة المدين ، أو الغير في معارضة التنفيذ غير العادل أو الباطل ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - تتيح المنازعة في التنفيذ .

فالمنازعة في التنفيذ هى :

---

[٤] في دراسة قواعد ، وأحكام منازعات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - الطبعة الثانية - ١٩٨١ - بند ٣٣٤ ومابعدها ، ص ٦٠٤ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - بند ٤٣٢ ومايليه ص ٦٣١ ومابعدها .

دعوى قضائية تتعلق بالتنفيذ الجبرى ، وهى لاتعتبر جزء من خصومة التنفيذ ، أو مرحلة فيها ، بل تخرج عن نطاقها ، وسيرها الطبيعى ، فهى وإن تعلقت بها ، فإنها تعتبر مستقلة عنها .

فخصومة التنفيذ ترمى إلى استيفاء الدائن لحقه جبرا . **أما المنازعة فى التنفيذ ، فهى** : خصومة عادية ترمى إلى الحصول على حكم قضائى ، بمضمون معين [١] .

وتنقسم منازعات التنفيذ – **وبحسب المطلوب فى الدعوى القضائية** – إلى نوعين :

النوع الأول :

منازعات موضوعية :

وهى التى يطلب فيها الحكم فى موضوع المنازعة :

ومثالها : دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ .

والنوع الثانى:

منازعات وقتية :

وهى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى ، إلى حين الفصل فى موضوع المنازعة :

وتسمى هذه المنازعات الوقتية بإشكالات التنفيذ .

وفيما يتعلق بالمحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ ، فإنه – **ووفقا لمجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** – كانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ تختلف بحسب ماإذا كانت المنازعة موضوعية ، أم وقتية .

---

[١] أنظر : فتحى والى – التنفيذ الجبرى – الطبعة الأولى – ١٩٦٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٥٥ ص ٥٨٥ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٢٢٥ ومايليه ص ٣٨٢ ومابعدها .

وكانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الموضوعية تختلف بحسب السند الذى يجرى التنفيذ بموجبه .

فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ - **إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى** - للمحكمة التى أصدرته " **المادة (٤٧٩) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ "** .

وإذا كان التنفيذ بموجب حكم تحكيم ، فقد كان الإختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بموضوع النزاع محل التحكيم " **المادة (٨٤٥) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ "** .

أما إذا كان التنفيذ بموجب سند تنفيذى آخر ، **فقد كان الإختصاص بمنازعات** التنفيذ عندئذ ينعقد للمحكمة الجزئية ، أو للمحكمة الإبتدائية ، بحسب قيمة النزاع - **المحكمة المختصة محليا وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى** [1] .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الوقتية ، **فكان قاضى الأمور المستعجلة** .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، **فهى قاضى التنفيذ** ، حيث خوله المشرع الوضعى المصرى الفصل فى جميع المنازعات - **وأيا كان نوعها ، أو قيمتها** .

فتنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع المنازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ** .

---

[1] أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٤١ ص ٦١٦ .

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة " .

وتختص محكمة التنفيذ – دون غيرها - بالفصل فى منازعات التنفيذ الموضوعية ، أو الوقتية – وأيا كان نوعها ، أو قيمتها – إلا ما استثنى بنص قانونى وضعى مصرى خاص [١] .

فلايجوز رفع المنازعة الموضوعية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الذى يجرى التنفيذ بموجبه . فإن رفعت إليها ، وجب على هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها – ومن تلقاء نفسها – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ [٢] .

كما لايجوز رفع المنازعة الوقتية إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية . فإن رفعت إليه ، وجب عليه القضاء بعدم إختصاصه – ومن تلقاء نفسه – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ المختصة . ولايجوز للأطراف ذوى الشأن الإتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة التنفيذ ، فمثل هذا الإتفاق يكون باطلا [٣] .

ولايجوز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى – من حيث صحتها ، أو بطلانها – ولابصدد الدعاوى القضائية المتعلقة بتلك الإجراءات [٤] .

---

[١] فى دراسة نظام قاضى التنفيذ ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى ، والمقارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٨ .

[٢] أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

[٣] أنظر : أحمد ماهر زغلول – المرجع السابق – بند ٢٢٧ ومايليه ص ٣٨٥ ومابعدها .

بمعنى ، أنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كـــان** ، **أم مشـــارطة** - للفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبرى - **سواء كانت هـــذه المنازعات متعلقة بصحة إجراء من إجـــراءات التنفيـــذ ، أم ببطلانـــها ، أم كانت متعلقة بالإعفاء من إجراء تطلبته الأنظمة القانونية الوضعية - وعلـــى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها - **أم باتخاذ إجراء لـــم تتطلبـــه** - لأن تلـــك المنازعات لايحكم فى مصيرها إلا القضاء العـــام فـــى الدولـــة المختـــص ، تطبيقا للقاعدة المقررة بأن إجراءات التنفيذ إنما تجرى تحت إشراف القضـــاء العام فى الدولة ، ورقابته . وتطبيقا لذلك ، لايجوز الإتفاق علـــى التحكيـــم - **شرطا كان** أم **مشارطة** - بشأن صحة ، أو بطلان إجراءات التنفيـــذ علـــى العقار ، والذى تم بواسطة قاضى التنفيذ . أو بطلان ، أو صحة تسجيل تنبيـــه نزع ملكية العقار المحجوز عليه ، دون محكمة التنفيذ ، والتى حـــددت لـــها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - أوضاعا وإجراءات ، ومواعيد خاصة فى هذا الشأن .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بشأن اتبـــاع وسائل أخرى لإجراء التنفيذ الجبرى على المدين ، دون تلك الوسائل المقـــررة فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى **الأنظمة القانونية الوضعيـــة** - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - لإجـــراء التنفيـــذ ، والتـــى تختلـــف

---

(٤) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - ص ٤٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ص ٨٣ ، **عز الدين الدناصورى** ، **حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعـــات - - ص ١٢٢١ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ٢/٥٢ص ١٤٩ .

باختلاف طبيعة المال الذى يجرى عليه التنفيذ ، وماإذا كان فى حيازة المدين المحجوز عليه ، أم فى حيازة غيره [١] .

ومن ناحية أخرى ، فإنه وللحصول على سند تنفيذى ، وتعيين مقدار الحق ، فقد نظم المشرع الوضعى المصرى دعوى قضائية خاصة ، تسمى : **" دعوى صحة الحجز " ، والتى ترمى إلى تحقيق غرضين :**

الغرض الأول :

هو الحصول على حكم إلزام ضد المدين المحجوز عليه ، يتضمن تأكيد حق الدائن الحاجز ، وتعيين مقداره .

والغرض الثانى :

هو الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظى [٢] .

وتختص بدعوى صحة الحجز المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله .

فيكون الإختصاص القضائى النوعى للمحكمة الإبتدائية ، أو للمحكمة الجزئية – **وبحسب مقدار الدين المحجوز من أجله** " المادة (٩/٣٧) من قانون المرافعات المصرى . ويكون الإختصاص القضائى المحلى لمحكمة موطن المدين المحجوز عليه ، باعتباره المدعى عليه فى الدعوى القضائية " **المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى** " .

وترفع دعوى صحة الحجز بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية ، خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان ورقة الحجز إلى الغير المحجوز لديه .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٨ /١ ص ٣٤٩ .

(٢) أنظر : فتحى والى – التنفيذ الجبرى – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ – بند ١/١٧٨ ص ٣٤٩ .

فإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد ، أعتبر الحجز كأن لم يكن " المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى " [١] ، [٢] .

وإذا كان يتطلب لصحة إجراءات الحجز ، أو التنفيذ رفع دعوى صحة الحجز على النحو المتقدم ، فإنه لايجوز أن ترفع هذه الدعوى القضائية إلا إلى المحكمة المختصة بها ، ولايمكن الإتفاق على التحكيم ، لرفعها أمام هيئة تحكيم ، يتفق على تخويلها مهمة الفصل فيها .

فمثلا ، إذا اتفق على التحكيم بصدد عقد إيجار ، وعن للمؤجر توقيع الحجز التحفظى ، فيجب لتثبيته أن يرفع الدعوى بصحته أمام المحكمة المختصة المختصة ، وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من

---

(١) فى دراسة النظام القانونى لدعوى صحة الحجز ، أنظر : فتحى والى - المرجع السابق - بند ١٧٨ ، ١٧٩ ص ٣٤٩ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - بند ١٧٦ومايليه ص ٣٥٧ ومابعدها ، عزمى عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبرى - ١٩٩١ - ص ٤٢٤ ومابعدها .

(٢) فى دراسة النظام القانونى للحجز ، وإجراءاته ، أنظر : عزمى عبد الفتاح - إجراءات الحجوز التنفيذية ، والتحفظية - دار النهضة العربية بالقاهرة - - بدون سنة نشر ، أمينة مصطفى النمر - قواعد ، وإجراءات التنفيذ الجبرى ، والتحفظى فى قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ، فتحى والى - التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٢٩ ومايليه ص ٢٥٦ ومابعدها ، محمود مصطفى يونس - دراسة النظام القانونى للحجز التحفظى القضائى - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ومابعدها .

مراحله – دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

وإذا كان الإتفاق على التحكيم بصدد عقد من العقود ، لايمنع أطرافه من توقيع الحجز بمختلف أنواعه – **رعاية لحقوقهم ، وتحفظا عليها** ، أو **اقتضاء لها** [٢] . فإنه قد ثار التساؤل حول مصير دعوى صحة الحجز فى حالة الإتفاق على التحكيم ؟ .

فكما هو معروف أنه إذا اتفق على التحكيم – **شرطا كان** ، أم **مشارطة** – فإنه يمتنع على محاكم القضاء العام فى الدولة ، صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، أن تنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ يوجب رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن " **المادة (١/٣٣٣)** " ، وكان الفصل فى الدعوى القضائية المرفوعة أمام المحاكم بطلب ثبوت الدين مفترضا للفصل فى صحة إجراءات الحجز ، فلا يمكن القول برفع الدعوى القضائية بطلب ثبوت الدين أمام هيئة التحكيم ، المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وانتظار صدور حكم تحكيم فيها ، ثم الإلتجاء بعد ذلك إلى المحكمة ، ورفع دعوى صحة الحجز أمامها ، ذلك أنه عندئذ يكون الحجز قد اعتبر كأن لم يكن ، لانقضاء الثمانية أيام حتما منذ توقيع الحجز .

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٤ ص ٨٤ .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

يرى جانب من فقه القانون الوضعي المصـــرى [١] - **وبحـق** - أن الحـل الواجب الأخذ به عندئذ هو رفع دعوى صحة الحجز - **بما تتضمنـــه مـن طلب ثبوت الدين ، وطلب صحة إجراءات الحجز** - خلال الثمانية أيام مـن تاريخ الحجز أمام المحكمة المختصة ، احتراما لنص المادة (١/٣٣٣) مـن قانون المرافعات المصرى . فإذا لم يدفع المدعى عليـه بشـرط التحكيـم - **باعتباره دفعا شكليا غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصـرى** - فى الوقت المناسب - وقبل الكلام فى الموضوع ، ومـع سـائر الدفـوع الشكلية الأخرى - فإن حقه فى التحكيم يسقط ، وتنظر المحكمـة الدعـوى القضائية . أما إذا تمسك المدعى عليه بوجود شرط التحكيـم ، فـإن علـى المحكمة أن تتأكد من صحة هذا الشرط ، فإذا كان باطلا ، قضـت ببطلانـه ونظرت الدعوى القضائية بشقيها . أما إذا كان شرط التحكيم صحيحا ، كـان على المحكمة أن توقف الخصومة بالنسبة للشق الخاص بصحـة إجـراءات الحجز ، حتى يقضى من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم فى الشق الخاص بثبوت حق الدائن الحـاجز ، ذلـك أن هذا الشق الأخير يعتبر مسألة أولية لازمة للفصل فى صحة إجراءات الحجز

ومن القواعد الجوهرية المنصـوص عليـها فـى القوانيـن المتعلقـة بالإجراءات ، أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية ، تملـك - **دون غيرها** - تقرير صحة ، أو بطلان الإجراءات التى اتخـذت أمامـها ، مـع التسليم بإشراف محكمة الدرجة الثانية عليها ، هذا ولو لـم تتصـل القـاعدة بالنظام العام فى القانون الوضعى . وتطبيقا لذلك ، فإنه الإتفاق على التحكيـم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن نزاع إجرائى بحت ، وإلـزام المحكمـة

---

[١] أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - بند ٧٨ مكرر ص ٣٥٤ .

بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ [١] .

ولايجوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطلان الإجراءات التي اتخذت أمامها على هيئة تحكيم ، لكي تتولى الفصل فيها .

ويسرى الحكم المتقدم أيضا بالنسبة لطلب سقوط الخصومة القضائية ، أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو سقوطها بالتقادم ، أو اعتبار الخصوم فيها حاضرين ، أو غائبين ، وماإذا كان يجوز الطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية من عدمه .

وإذا كانت دعوى رد القاضي العام في الدولة عن نظر الدعوى القضائية ودعوى مخاصمته تتصل بالنظام العام في القانون الوضعي ، وحيث أن المشرع الوضعي قد جعل الإختصاص بالفصل فيها لمحكمة تشكيلا خاصا – وطبقا لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية – وتختص هذه المحكمة دون غيرها بالفصل في دعوى رد القاضي العام في الدولة عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بالنسبة لهذه المسائل ، أو الدعاوى القضائية ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين [٢] .

وإذا كان من غير الجائز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بشأن ماتتصل بإجراءات الخصومة القضائية ، إلا أنه يجوز الإتفاق على

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٢ ص ٨٠ .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٣٣ ص ٨٣ .

التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن ماتصل بالدفوع الموضوعيـــة . فمن الجائز الإتفاق على التحكيم فى شأن ماإذا كان الحق قد سقط بالتقـادم أو لم يسقط بعد ، وأن الوفاء المدعى بحصوله يعـتد به ، أو لايعتد . وإذا كـان الأمر يتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، فإنه يجب على هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاته [١] .

خامسا :

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المسـتعجل مـن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـارطة [٢] :

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بنـد ٣٢ ص ٨٢ .

(٢) فى دراسة مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

JEAN - ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne et Droit international prive . Troisieme edition . edition Sirey . N . 126. P . 133 , 134 ; MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P . 129 et s ; Reperetoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . N . 77 et s ; BERTIN : Le refere et le nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 520 ; TANDEAU DE MARSAC : Le refere et l'arbitrage international . G . P . 1984 . 375 ;PH . OUAKRAT : L'arbitrage commercial international et les mesures provisoire. Dr . Part . Com . Int . 1988 . P . 239 et s .

وانظر أيضا : محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٦ ص ١١٥ ومابعدها ، محمد على رشدى - قاضى الأمور المستعجلة - الطبعة الثانيـة - ١٩٣٤ - بند ٣٩ ومايليه ، مصطفى مجدى هرجة - أحكـام ، وآراء فى القضـاء المسـتعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - ص ٧٥ ومابعدهـا ، محمـد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المسـتعجلة - الجـزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٦ - طبعة عالم الكتب بالقاهرة - ص ٥٦ ومابعدها ، أحمد أبو الوفـا -

الحماية القضائية المستعجلة [1] :

التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٢ ص ٢٣ ، ٢٤ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١) ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ومايليه ص ١٥٣ ومابعدها ، عادل محمد خير – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – الطبعة الأولى – مارس سنة ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٦٥ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ومابعدها ، ص ٤٥٢ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤١١ ومايليه ص ٤٠٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٥ ومابعدها .

(١) فى دراسة أحكام القضاء المستعجل فى الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، أنظر :

PH . JESTAZ : L'urgence et les principes classiques de droit civile . l . g . d j . 1968 ; **BERTIN P H :** Refere civile . Repertoire De Droit Procedure Civile . 20e ed . 1983 . T . 111 .

وانظر أيضا : محمد عبد اللطيف – الإشارة المتقدمة ، محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى ، محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – الجزء الأول – ص ٧٥ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – بند ٣٠٦ ومايليه ، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ٢٤، ٣٦ ومايليه ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – بند ٦٣ ومايليه ، وجدى راغب فهمى – نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – السنة (١٥) – يناير سنة ١٩٧٣ ، أحمد مسلم – الإختصاص ، والموضوع فى قضاء الامور المستعجلة – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهرة – السنة (٣٠) – العدد الأول – ص ٨٩ ومابعدها ، أمينة مصطفى النمر – مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة – الرسالة المشار إليها .

تنظم الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة - وعلــى اختــلاف مذاهبــها ، واتجاهاتها - من بين ماتنظمه مـــن صــور الحمايــة القضائيــة للحقــوق والمراكز القانونية ، الحماية القضائية المستعجلة ، والتي يكون مـــن شــأنها تأمين الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـــها - من خطر التأخير من نفاذ القوانين الوضعية الفعلى فى الواقع الإجتمـــاعى - أى من خطر التأخير فى تحقيق القوانين الوضعية .

فنشاط القاضى العام فى الدولة - والمتمثل فى تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى طلبات الخصوم ، وإصدار الحكـــم القضـــائى الموضوعى ، وتنفيذه ، والذى يتحقق به القانون الوضعى - كثيرا مايستغرق وقتا طويـــلا - نظرا لأهمية المصلحة محل الإدعاء ، وبطء إجراءات التقاضى العام فـــى الدولة ، وتعددها - الأمر الذى قد تضار معه مصالح الخصوم فى الدعـــوى القضائية ، بسبب التأخير بأضرار ، قد يتعـــذر تداركـــها ، أو تلافيـــها ، إذا ماصدر الحكم القضائى الموضوعى فى الدعوى القضائية بعد ذلك .

فقد يتعذر تنفيذ هذا الحكم القضائى بعد ذلك ، بسبب هـــلاك المـــال محـــل المنازعة ، أو نقص الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينـــه - إمـــا لإخفائها ، أو تهريبها . ومن هنا ، تظهر أهمية القضاء الوقتى ، ودوره فـــى منع حدوث هذه الأضرار بالمصالح ، والمراكز التى من المحتمل أن يحميـــها القانون الوضعى ، عن طريق اتخاذ تدابير وقتيـــة ، وســريعة لحمايتـــها - كوضع المال تحت الحراسة ، أو منع نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائـــن بالحجز التحفظى على أمواله ، أو الحكم بنفقة وقتية لمن لايستطيع الإنتظار ، حتى إصدار الحكم القضائى فى دعوى المسئولية ، أو إثبات واقعة يخشـــى زوال ، وضياع معالمها - حتى تمام الحصـــول علـــى الحمايـــة القضائيـــة الموضوعية ، بالإجراءات القضائية المعتادة ، أو لتأكيد فاعلية هذه الحماية .

ويمثل القضاء المستعجل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتـــى . إذ تنـــص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يندب في مقر المحكمة الإبتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها مني فوات الوقت " .

وتتحقق الحماية القضائية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية ، أو الوقتية ، والتي من شأنها ضمان تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحق ، أو المركز القانوني ، وهذه التدابير هي التي تمثل مضمون القضاء الوقتي .

فكرة الحماية القضائية المستعجلة :

من سمات القضاء العادل الأناة في تحقيق ادعاءات الخصوم في الدعوى القضائية ، وعدم التسرع في أصدار الأحكام القضائية . ذلك أن التسرع يؤدي لامحالة إلى الظلم ، كما أن العدالة البطيئة هي في حقيقتها نوعا من الظلم ، تزرع اليأس في النفوس ، وتنزع الأمل من الصدور ، في الحصول على حكم قضائي ، يحمي حقوق ، ومراكز الأفراد ، والجماعات ويصون المصالح المشروعة ، ويرد العدوان .

كما أن التأخير ، أو الإبطاء في اصدار الأحكام القضائية يؤدي – **وفي بعض الحالات** – إلى عدم جدوى الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية الموضوعية ، إذا ترتب على العدوان حالة واقعية ، يستحيل معها على الحكم القضائي الصادر في الدعوى القضائية الموضوعية أن يعيدها إلى ماكانت عليه قبل العدوان .

لذا ، فقد رأت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – عدم الاكتفاء بالقضاء العادي والذي تكون إجراءاته كثيرة وحركته بطيئة ، فأنشأ إلى جانبه القضاء المستعجل ، والذي يقدم للأفراد والجماعات الإسعافات الأولية العاجلة ، عند وجود خطر محدق بالحقوق والمصالح المشروعة ، باتخاذ إجراءات وقتية سريعة تحمي الحقوق والمراكز القانونية ، لحين عرض الموضوع على محكمة الموضوع

المختصة بتحقيقه ، والفصل فيه ، ليأخذ النزاع طريقه العادى ، وفقا للإجراءات المعتادة .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى توفير حماية عاجلة ، باجراءات وقتية سريعة ، إذا تبين للقاضى من ظاهر الأوراق أن الشخص جدير بالحماية المؤقتة ، والسريعة ، للحفاظ على حقوقه ، ومراكزه القانونية .

ويلتزم القضاء المستعجل فى قضائه بعدم التعرض لموضوع النزاع أو التعمق فى بحث المستندات ، لأن ذلك يكون متروكا لمحكمة الموضوع .

وبذلك ، أمكن التوفيق بين واجب التأنى فى تحقيق الدعوى القضائية والفصل فى موضوعها ، وبين عدم الإخلال بحقوق الأفراد ، والجماعات فى الحصول على حماية قضائية سريعة ، وعاجلة ، لتفادى الأضرار الناجمة عن التأخير فى الفصل فى النزاع .

وقد يغنى الحكم القضائى الصادر من القضاء المستعجل الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل فى النزاع ، إذا ترتب على صدور الحكم القضائى المستعجل انهاء النزاع من الناحية العملية ، عندما يكتفى الخصوم بالحكم القضائى المستعجل ، ويعتبرونه مؤشرا للحكم فى الدعوى القضائية الموضوعية .

كما أن الحكم القضائى المستعجل قد يحسم النزاع ، ويخلق مركزا واقعيا يجعل من المستحيل أن يغيره الحكم القضائى الموضوعى ، كما إذا صدر حكما قضائيا مستعجلا بتمكين فرقة موسيقية من العمل فى مسرح معين ليوم معين ، ونفذ هذا الإلتزام بمقتضى الحكم القضائى المستعجل . وكذلك ، الحكم القضائى الصادر بتمكين طالب من أداء الإمتحان فى معهد علمى خاص ، عن طريق قيد إسمه فى جداول امتحان الطلاب .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أنه توجد فوارق بين القضاء الوقتى ، والقضاء المستعجل ، لأن الطلب القضائى الوقتى هو :

مجرد طلبا قضائيا ، باجراء وقتى . بينما الطلب القضائى المستعجل يزيد عليه بتوافر عنصر الإستعجال .

ويصدر فى الطلب القضائى الوقتى حكما قضائيا وقتيا . بينما يصدر فى الطلب القضائى المستعجل حكما قضائيا مستعجلا .

ونتيجة لذلك ، فإن الحكم القضائى الوقتى ، قد لايكون حكما قضائيا مستعجلا ، كالحكم القضائى الصادر بتحديد تاريخ توقف المدين عن دفع ديونه . والحكم القضائى الصادر فى دعوى الحيازة غير المستعجلة . والحكم القضائى الصادر بتعيين حارس قضائى على المال المتنازع عليه .

ويتحد الطلب القضائى المستعجل مع الطلب القضائى الوقتى فى أن موضوعهما يكون واحدا ، وهو اتخاذ اجراء ، أو تدبيرا مؤقتا ، يقصد به تحديد حقوق ، ومراكز الخصوم تحديدا مؤقتا ، دون الفصل فى أصل الحق أوالمركز القانونى الموضوعى ، أو المساس به . ولهذا ، فإن كل طلب قضائى مستعجل يكون طلبا قضائيا وقتيا ، ولكن لايكون كل طلب قضائى وقتى طلبا قضائيا مستعجلا .

بينما يرى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن - وبحق - أن القضاء الوقتى يشمل القضاء المستعجل ، لأن القضاء المستعجل يمثل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى . إذ تنص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يندب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاضى من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ، ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت** " .

فالمقصود بالقضاء الوقتى ، هو تأمين الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها -** ضد الخطر الناجم من التأخير فى فاعليته . ففاعلية الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها -** تبدو كاملة حينما تصدر الأحكام القضائية الموضوعية **- والتى تحسم أصل**

المنازعات التى قد تنشأ بين الأفراد والجماعات – ولكن مثل هذا الأحكام القضائية الموضوعية قد يستغرق صدورها وقتا طويلا ، وقد تطرأ حوادث تجعل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية – محل الحماية بالأحكام القضائية الموضوعية – فى حالة خطر داهم ، بحيث إذا انتظرنا لحين صدورها ، فإننا نخاطر بفقد محل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية التى تحميها .

ومن هنا ، وجدت الحاجة إلى القضاء الوقتى ، والذى يصدر أحكاما قضائية وقتية ، تؤدى إلى الحفاظ على أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، لحين صدور الأحكام القضائية الموضوعية .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن القضاء الوقتى يحدث مراكز أو حالات مؤقتة ، يكون من شأنها المحافظة على المصالح التى يحتمل أن يحميها القضاء موضوعيا . **والقضاء الوقتى – وفقا لهذا الرأى – يقتضى مايلى :**

الشرط الأول :

هو الإستعجال ، أو الخطر من التأخير ، والذى قد ينجم عن ضرورة انتظار صدور الحكم القضائى الموضوعى :

يتكون الإستعجال من عناصر موضوعية لصيقة بالمنازعات المطروحة أمام القضاء المستعجل ، وهذه العناصر تتكون من العديد من العوامل التى قد تشكل أخطارا محدقة ، تهدد الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية والتى تظهر من واقعة أن الإنتظار لحين حماية هذه الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية عن طريق القضاء الموضوعى قد يستغرق وقتا طويلا بينما قد تكون هناك عوامل تعرض أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية للإهدار ، إذا لم يكن من الممكن اتخاذ تدابير ، أو إجراءات مؤقتة لحمايتها ، حتى يتم الفصل فى أصل المنازعات .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى صيانة محل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، والتى تصدر الأحكام القضائية المستعجلة بهدف توفير تدابير ، أو اجراءات ملائمة لحمايتها - **وفى الأحوال التى تؤدى فيها هذه الوظيفة** - حتى يمكن للأحكام القضائية الموضوعية الصادرة فيما بعد أن تجد محلا يرتب آثارها القانونية فيه - **سواء كانت مقررة ، أم منشئة** ، أم بالزام .

والشرط الثانى :

قيام القاضى بالتحقق من أن المصالح المهددة ، يحتمل أن يحميها القضاء الموضوعى بعد ذلك ، أى تستحق الحماية القضائية الوقتية .

التمييز بين الدعاوى القضائية المستعجلة ، والدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة :

توجد بعض الدعاوى القضائية التى أوجبت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - الفصل فيها على وجه السرعة - **لطبيعتها الخاصة الى لاتحتمل التأخير** - عملا على استقرار الحقوق والمراكز القانونية ، أو الحفاظ على حقوق الدائنين ، وهذه المنازعات ترفع إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، ويفصل فيها طبقا للإجراءات القضائية العادية ، كل ماهنالك أن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - تحث المحكمة على سرعة الفصل فيها . لذلك ، يعتبر الحكم القضائى الصادر فيها قضاء قطعيا ، يصدر من محكمة الموضوع ، فى صميم الموضوع ، فيحسم النزاع فيه ، ويحوز الحجية القضائية .

ومن أمثلة الدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة** :

مانصت عله المادة (٩٤٣) من القانون المدنى المصرى - **وبخصوص دعوى الشفعة** - من أنه :

"**... ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة** " .

ومانصت عليه المادة (٢٥٠) من القانون المدنى المصرى - **وبخصوص دعوى شهر الإعسار المدنى** - من أنه :

" **.... وتنظر الدعوى على وجه السرعة** " .

ومانصت عليه المادة (٣/٣٩٠) من القانون المدنى المصرى - **والخاصة بالمنازعة فى صحة الجرد** - من أنه :

" **......... وتقضى المحكمة فى هذه المنازعة على وجه السرعة** " .

ودعاوى النفقات التى تختص بها المحكمة الجزئية " **المادة (٢/٩١٩) من قانون المرافعات المصرى** " .

والمنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية " **المادة (٣٩) مكرر من القانون الوضعى المصرى رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ - والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٥** " .

فالنص القانونى الوضعى على نظر الدعوى القضائية ، والفصل فيها على وجه السرعة ليس من شأنه أن يضفى عليها صفة الإستعجال ، أو يجعلها من قبيل المسائل ، أو المواد المستعجلة - **والتى تندرج فى اختصاص القضاء المستعجل** - فهذه الدعاوى القضائية - **ورغم النص القانونى الوضعى على نظرها على وجه السرعة** - تكون من الدعاوى القضائية العادية ، والتى ينعقد الإختصاص بها لطبقات المحاكم العادية - **وغير المخصصة** - وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل فى موضوعها - **بضوابطها " الموضوعية منها والقيمية "** - وهو ماتقطع به النصوص القانونية الوضعية ذاتها .

فشهر الإعسار المدنى يكون بحكم قضائى ، تصدره المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرتها موطن المدين " **المادة (٢٥٠) من القانون المدنى المصرى "** .

وينعقد الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بصحة جرد التركة للمحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها " **المادة (٣/٨٩٠) من القانون المدنى المصرى "** .

كما ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موقع العقار " **المادة (٩٤٣) من القانون المدنى المصرى "** ، وتنظرها المحكمة المختصة باعتبارها محكمة موضوع ، وتصدر فيها أحكاما قضائية تفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وتحسم وجه النزاع فيه .

وتنحصر قيمة النصوص القانونية الوضعية التى تؤكد على تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى موضوعها على وجه السرعة فى مجرد أنها تكشف عن توجيه تشريعى وضعى يحث فيه المشرع الوضعى القضاة على التعجيل بنظر الدعوى القضائية ، وعدم تأخير الفصل فيها .

وعلى ذلك ، تكون الدعاوى القضائية التى يرد فى شأنها نص قانونى وضعى يقرر نظرها على وجه السرعة هى من الدعاوى القضائية العادية - **والتى يتحدد الإختصاص القضائى بها ، ويتم تحقيقها ، والفصل فى موضوعها وفقا للقواعد العامة** - وهى تختلف بذلك عن الدعاوى القضائية المستعجلة والتى تخضع لنظام قانونى خاص - **سواء فيما يتعلق بتحديد الإختصاص بها ، قواعد نظرها ، تحديد آثارها القانونية ، ورسم حدود فاعليتها** .

المحاكم ، والتشكيلات القضائية المختصة بالدعاوى القضائية المستعجلة ، وأسس توزيع العمل بينها " تعدد المحاكم التى يعهد إليها بمباشرة القضاء المستعجل " :

أنشأ المشرع الوضعى المصرى محكمة للأمور المستعجلة ، وعهد إليها بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة – **والتى ترفع بالطريق الأصلى فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية** . ومع ذلك ، فإن هذه المحكمة لاتحتكر الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة .

ففى داخل دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ينعقد الإختصاص القضائى لقاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ المستعجلة – **سواء رفعت بطريق أصلى ، أم بطريق تبعى** .

وفى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة ينعقد للمحاكم العادية **–وبتشكيلها العادى –** ولبعض المحاكم المخصصة – **كمحكمة التنفيذ** .

وفى داخل ، أو خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، ينعقد الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة لمحكمة الموضوع ، إذا رفعت إليها بالطريق التبعى .

وعلى ذلك ، تكون كل محكمة يعهد اليها القانون الوضعى المصرى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، والفصل فيها هى محكمة للقضاء المستعجل فيطلق المشرع الوضعى المصرى تسمية قاضى الأمور المستعجلة على القاضى الذى يؤول إليه الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، دون تفرقة بين ماإذا كان قاضيا مخصصا للأمور المستعجلة ، أم قاضيا غير مخصص ، يمارس إلى جانب الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة اختصاصات قضائية أخرى " **المواد (٩٦) ، (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ ، (٨٥٩/ ٢) من القانون المدنى المصرى** " .

فيعد قاضيا مستعجلا ، كل قاضى يؤول إليه الإختصاص القضائى بمقتضى القانون الوضعى المصرى بنظر المواد المستعجلة .

وفى الحالات التى قد يعهد فيها القانون الوضعى المصرى إلى بعض المحاكم بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، تباشره كاختصاص قضائى إضافى ، إلى جانب اختصاصها القضائى كمحكمة موضوع ، فإنه يكون لها صفة مزدوجة ، تجمع فيها بين نوعين مختلفين من الإختصاص القضائى .

فتكون لها صفتين متميزتين ، لايجوز الخلط ، أو المزج بينهما ، كنتيجة لوحدة العضو القضائى الذى يمارسهما .

فبالإضافة إلى صفتها كمحكمة موضوع ، فإنه يثبت لها أيضا صفة محكمة القضاء المستعجل ،

وتحدد صفة المحكمة فى هذه الحالات فى ضوء طبيعة المسألة المطروحة عليها ، وهى تفصل فيها بهذه الصفة ، دون صفتها الأخرى .

معايير توزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل :

المسألة المستعجلة المرفوعة إلى القضاء العام فى الدولة بصفة أصلية :

المعيار الأساسى الذى اعتمد عليه المشرع الوضعى المصرى لتوزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل هى التفرقة بين ماإذا كانت المسألة المستعجلة قد أثيرت بصفة أصلية ، أم أثيرت بصفة تبعية لدعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة .

فمناط التفرقة بين صفة المسألة المستعجلة الأصلية ، والمسألة المستعجلة التبعية هو فى وجود دعوى قضائية موضوعية ، ترتبط بها المسألة المستعجلة برابطة تبعية . فإذا لم توجد دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، فإن المسألة المستعجلة لايمكن أن تثار إلا بصفة أصلية .

وفى تحديد المحكمة المختصة بالمسألة المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية ، فإنه يجب التمييز بين مسائل ، ومنازعات التنفيذ المستعجلة وغيرها من المسائل :

(أ) :

إذا كانت المسألة ، أو المنازعة المستعجلة هى من مسائل ، ومنازعات التنفيذ :

إذا كانت المسألة ، أو المنازعة المستعجلة هى من مسائل ، ومنازعات التنفيذ ، فإن الإختصاص القضائى بها – **أيا كانت وسيلة رفعها** – ينعقد على سبيل الإستئثار لقاضى التنفيذ . حيث تنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .**

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة " .

(ب) :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ ، فإنه لتحديد الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية ، يجب التمييز بين هذه المسائل بحسب إجراءات رفعها إلى القضاء العام فى الدولة :

الفرض الأول :

إذا رفعت المسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية بواسطة عريضة :

إذا رفعت المسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية بواسطة عريضة فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد لقاضى الأمور الوقتية ، وفقا لما يستفاد من المقاربة بين نصوص المادتين (٤٥) ، (١٩٤) من قانون المرافعات المصرى .

فطبقا للمادة (١٩٤) من قانون المرافعات المصرى ، فإنه يثبت لقاضى الأمور الوقتية الإختصاص القضائى العام باصدار الأوامر على عرائض - أيا كان موضوعها - ولايتضمن نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى أى استثناء على ذلك . فالإختصاص القضائى الذى تنظمه إنما ينصرف إلى المسائل المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية ، وبطريق الدعوى القضائية ، وهو مايستفاد من تحديد نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى لسلطة المحاكم المعينة فيه فى اصدار الأحكام القضائية الوقتية والمستعجلة . وقاضى الأمور الوقتية هو بالمحكمة الإبتدائية رئيسها ، أو من يقوم مقامه ، أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى المحكمة الجزئية هو قاضيها " المادة (٢٧) من قانون المرافعات المصرى " .

والفرض الثانى :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء بطريق الدعوى القضائية :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء العام فى الدولة بطريق الدعوى القضائية ، فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية لمحكمة الأمور المستعجلة ، وهى تشكل من

قاضى يندب من بين قضاة المحكمة الإبتدائية ، يكون له هـذا الإختصاص القضائى - **دون غيره** - من المحاكم التى توجد فى هذه المدينة .

ومع ذلك ، فإنه وطبقا للمادة (٩٧٢) من قانون المرافعات المصرى ، فإن الإختصاص القضائى باتخاذ كافة التدابير الوقتية ، والتحفظية فى مسائل الولاية على المال ينعقد لمحكمة المواد الجزئية .

أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بهذه المسائل ينعقد لمحكمة المواد الجزئية " **المادة (٤٥/٢) من قانون المرافعات المصرى** " ، والتى تنظر فى الطلب **القضائى المستعجل** بوصفها محكمة للقضاء المستعجل ، وليس بوصفها محكمة للموضوع .

وفى مثل هذه الحالات ، فإن المحكمة الجزئية يمكن أن تجمع بين وصفى محكمة الموضوع ، والمحكمة المستعجلة ، مما يثير مشكلة حول تحديد مضمون مايجب أن تحكم به فى بعض الفروض ، كما فى الحالة التى يطلب فيها الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، أو رغم عدم توافر شروط الإستعجال ، وكان الطلب القضائى **مما يدخل فى** اختصاصها القضائى العادى - **كمحكمة موضوع - فهل تحكم** بعدم اختصاصها بالمنازعة بالوصف الذى رفعت به إليها ؟ . أم أنها تحكم فيها باعتبارها منازعة موضوعية ، تندرج فى اختصاصها القضائى العادى أو الموضوعى ؟ .

رأيان يتنازعان المسألة المتقدمة ، لكل منهما وجها للقبول .

الرأى الأول :

يجد الرأى الأول سنده فى سلطة القاضى العام فى الدولة فى تكييف المسائل ، والمنازعات المطروحة عليه ، فله أن ينزل عليها التكييف القانونى الصحيح ، دون اعتداد بالوصف الذى أسبغه عليها الخصوم فى الدعوى القضائية .

فإذا رفعت المنازعة إلى المحكمة الجزئية بوصفها منازعة مستعجلة ، وقدرت المحكمة عدم توافر شروط الإستعجال ، فإنه يكون لها أن تسبغ عليها التكييف القانونى الصحيح ، وتحكم فيها بوصفها منازعة موضوعية ، مما تندرج فى اختصاصها كمحكمة موضوع .

فالمحكمة لاتملك القضاء بعدم اختصاصها فى هذه الحالة ، لأنها وإن كانت غير مختصة بنظر الدعوى القضائية على الوجه المرفوعة به ، فإنها تختص بنظرها وفقا لتكييفها القانونى الصحيح .

والرأى الثانى :

يجد الرأى الثانى سنده فى مبدأ أساسى ، يعد من أصول التقاضى ، وهو تقيد القاضى العام فى الدولة بحدود الطلبات القضائية المقدمة إليه ، فليس له أن يقضى بما لم يطلب منه ، أو بما يجاوز حدود الطلبات القضائية المقدمة إليه .

فمضمون الطلب القضائى الذى يقدم إلى المحكمة الجزئية – **وباعتبارها محكمة القضاء المستعجل** – هو الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى الطلبات القضائية المطروحة عليها .

واذ كان مناط اختصاص المحكمة فى هذه الحالة هو فى توافر مفترضات الإستعجال ، فإنه يجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها القضائى ، إذا قدرت عدم توافر مفترضات ، وشروط الإستعجال .

وهى لاتستطيع أن تحكم فى الطلب القضائى بصفتها محكمة عادية ، أو محكمة موضوع ، وإلا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم منها ، أو تجاوزت حدود الطلبات المقدمة إليها .

فالمدعى حال لجوئه إلى المحكمة ، قد حدد فى دعواه القضائية مضمون الحكم القضائى الذى يهدف إليه ، وهو الحصول على الحماية القضائية المستعجلة . فإذا مافصلت المحكمة فى الدعوى القضائية باعتبارها دعوى قضائية عادية ، أو موضوعية ، فإنها تكون قد قضت بما لم يطلب منها .

وإذا عدل المدعى طلباته القضائية إلى طلب الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، فإن المحكمة الجزئية تلتزم فى هذه الحالة بنظر الدعوى القضائية والفصل فيها ، بوصفها محكمة للموضوع ، وإن كان لهذا الرأى وجه وجيها للقبول ، إلا أنه يواجه مع ذلك بتحفظ أساسى . فالدعوى القضائية المستعجلة تخضع فى رفعها لنظام إجرائى مبسط ، وسريع - **من حيث مواعيد الإعلان القضائى ، وتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة** - فتكون الخشية قائمة من أن يعمد المتقاضين إلى التحايل على النظام الإجرائى المرسوم لرفع الدعاوى القضائية العادية ، بأن يرفعوا دعاويهم القضائية الغير مستعجلة بوصفها من الدعاوى القضائية المستعجلة ، وهو مايؤدى إلى اهدار حقوق المدعى عليهم فى مواعيد الحضور العادية .

فالمحكمة الجزئية يجب عليها أن تحكم - **فى مثل هذه الحالات** - بعدم اختصاصها القضائى بنظر الدعوى القضائية على الوجه المرفوعة به ويمتنع عليها فى الوقت ذاته الفصل فى موضوعها ، لتجاوزها حدود مايطلب منها .

الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة التى ترفع بالتبعية لدعوى قضائية موضوعية :

إذا وجدت دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام محكمة الموضوع " **المحكمة الجزئية ، أو المحكمة الإبتدائية** " ، فإن الإختصاص القضائى بكافة المسائل المستعجلة المتعلقة بهذه الدعوى القضائية ينعقد لمحكمة الموضوع " **المادة (٣/٤٥) من قانون المرافعات المصرى** " .
ومثال ذلك ماتنص عليه المادة (٩٢١) من قانون المرافعات المصرى من أن لمستحق النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى **بتقدير نفقة وقتية** .

وماتنص عليه المادة (١/٩٤١) من قانون المرافعات المصرى من أنه إلى أن يصدر قرار المحكمة الإبتدائية بتثبيت منفذ الوصية ، فيكون له أن يطلب من المحكمة – **وعلى وجه الإستعجال** – تسليمه أموال التركة ، باعتباره مديرا مؤقتا .

وشرط اختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هو وجود صلة ، أو ارتباط بين هذه المسائل ، والدعوى القضائية الموضوعية المنظورة " **المادة (٣/٤٥) من قانون المرافعات المصرى** " .
ويناط تقدير توافر هذه الصلة ، أو ذلك الإرتباط للمحكمة ، والتى تعمل فى شأنه سلطتها التقديرية .

واختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هو اختصاصا قضائيا تبعيا ، وليس أصليا ، ينعقد لها بصفة تبعية ، لنظرها الدعوى القضائية الموضوعية التى تتعلق بها ، وتثار بمناسبتها المسألة المستعجلة .
فإذا زالت خصومة الدعوى القضائية الموضوعية ، فإنه يتلاشى اختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة .

وإذ يثبت لمحكمة الموضوع الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، فإنها تكون محكمة للقضاء المستعجل ، تفصل فى هذه المسائل بتلك الصفة ، فلا يكون لها حال جلوسها للقضاء بهذه الصفة سلطات محكمة الموضوع ، فيمتنع عليها أن تفصل فى أصل الحق ، أو تبنى قضاءها عليه

واختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة يكون اختصاصا قضائيا جوازيا ، لايسلب محاكم القضاء المستعجل – **والتى تختص بصفة أصلية** – اختصاصها القضائى بالفصل فى هذه المسائل .
فيكون الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة فى هذه الحالة مشتركا .
ويكون طالب الحماية القضائية المستعجلة بالخيار بين أن يرفع الدعوى القضائية المستعجلة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، وبين أن يرفعها أمام محاكم القضاء المستعجل ، والتى تختص بها بصفة أصلية .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعي المصري يفضل لو أن المشرع الوضعي المصري قد قصر الإختصاص القضائي بالمسائل المستعجلة في هذه الحالة على محكمة الموضوع . فبحكم إلمام هذه المحكمة بكافة المسائل المثارة في أبعادها ، ومناحيها ، وجوانبها المختلفة ، فإنها تكون هي الأقدر من غيرها على تقدير توافر الإستعجال ، وتلمسه من أوراق الدعوى القضائية ، وظروفها المطروحة عليها ، وعلى تقدير التدبير ، أو الإجراء الملائم ، والذي يتناسب مع ظروف الحالة ، وملابساتها .

كما أن حسن سير ، وانتظام القضاء العام في الدولة يقتضي تفويض الأمر كله - **بشقيه الموضوعي ، والوقتي - إلى هذه المحكمة .**

شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة :

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة مايلي :

الشرط الأول :

توافر حالة إستعجال " تكون المنازعة مستعجلة بواقع حالها ، وليس بارادة أطرافها " :

لاتمنح الحماية القضائية المستعجلة - **في كافة حالاتها ، ومختلف صورها** - إلا بتوافر الإستعجال . ولاتكون المنازعة مستعجلة لمجرد إرادة أطرافها ، أو رغبتهم في الحصول على قضاء مستعجل في شأنها .

كما أنه لايمكن أن يترك أمر تحديد المنازعة المستعجلة لتقدير القاضي الشخصي ، دون ضوابط محددة سلفا ، يجب عليه الإلتزام بها .

وقد ربطت المادة (١/٤٥) من قانون المرافعات المصري بين الإستعجال ، والخشية من فوات الوقت . فيوجد إستعجالا ، إذا وجد خطرا من التأخير في حماية الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية على وجه

لايحتمل معه الإنتظار ، حتى يتسنى للقضاء الموضوعى - **باجراءاته** الطويلة ، والمتأنية ، **والمعقدة فى بعض الأحيان** - حمايتها موضوعيا فيهدد الإنتظار بوقوع أضرار جسيمة ، تكون بطبيعتها قابلة للإستنفاد ، بحيث لايكفى أى تدخل قضائى لاحق لإشباع المصالح التى أضيرت إشباعا تاما . **فلايوجد استعجال إلا بتوافر مجموعة من العناصر المتكاملة ، وهذه العناصر هى :**

العنصر الأول :

الخطر الداهم ، أو المحدق .

العنصر الثانى :

الضرر المستنفد .

والعنصر الثالث :

عنصر الزمن ، أو الوقت .

وتظهر العناصر المتقدمة فى العديد من الأمثلة التى يذكرها المشرع الوضعى المصرى للمسائل المستعجلة ، ويعقد الإختصاص القضائى بها للقضاء المستعجل .

فدعوى اثبات الحالة ، لاتقوم - **وكدعوى قضائية مستعجلة - إلا إذا كان** يخشى ضياع معالم واقعة ، يحتمل أن تصبح محلا لنزاع أمام القضاء العام فى الدولة " **المادة (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " .**

كما أن دعوى سماع الشاهد - **والتى يختص بها القضاء المستعجل** - لاتقوم إلا إذا وجدت الخشية من فوات فرصة الإستشهاد بشاهد ، على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء العام فى الدولة ، ويحتمل عرضه عليه " **المادة (٩٦) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " .**

فيتوافر الإستعجال فى الحالات المتقدمة ، لأن فوات الوقت يؤدى إلى ضياع الحق ، أو المركز القانونى الموضعى ذاته - **باختفاء دليله** .

ومن الأمثلة التشريعية كذلك للدعوى القضائية المستعجلة :

ماتنص عليه المادة (٢/٧٣٠) من القانون المدنى المصرى من أنه يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة ، إذا كان صاحب المصلحة فى منقول ، أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة مايخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه .

وماتنص عليه المادة (٨٥٩) من القانون المدنى المصرى من أنه على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال ، والترميمات الازمة لمنع سقوط العلو ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة ويجب أن يترك تقدير توافر عناصر الإستعجال " **الخطر الداهم ، أو المحدق ، الضرر المستنفد ، وعنصر الزمن ، أو الوقت** " للقاضى المستعجل ، يبحث فى كل حالة على حدة - **فى ضوء ظروفها ، وأوضاعها الخاصة** - يستلهم فيه خبرته القضائية ، وحسه القانونى المرهف ، مستهديا بالعناصر الثلاث المتقدمة .

ويجب على القاضى المستعجل - **وعند تقدير للإستعجال** - أن يعتد بطبيعة المنازعة ، دون التقيد بوصف الخصوم . فليست المنازعات المستعجلة هى التى يرغب ذوو الشأن فى الحصول على أحكام قضائية مستعجلة بشأنها ، وإنما هى المنازعات التى يخشى عليها من فوات الوقت طبقا للظروف ، والملابسات التى تحيط بالدعاوى القضائية ، والتى تقتضى حماية سريعة لمواجهة أخطار محدقة بالحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها ، أو المحافظة عليها .

كما أنه لاعبرة باتفاق الخصوم فى هذا الشأن . فإذا اتفق الخصوم على عرض النزاع على قاضى الأمور المستعجلة ، دون أن يتوافر فيه شرط الإستعجال - **والذى ينعقد على أساسه اختصاص القاضى المستعجل** - فإنه

يجب عليه – **ومن تلقاء نفسه** – أن يحكم بعدم اختصاصه ، لأن ذلك يتعلق بالإختصاص القضائى النوعى ، وهو من النظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **الإستعجال يتوافر فى كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد يتعذر تعويضه ، أو إصلاحه وينشأ الإستعجال من طبيعة الحق المطلوب صيانته ، ومن الظروف المحيطة به ، لامن فعل الخصوم ، أو اتفاقهم** " .

وبالرغم من ذلك ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد يتدخل ليسلب القاضى سلطته التقديرية فى تقدير توافر الإستعجال فى بعض الحالات ، فيكون الإستعجال فيها مفترضا بقوة القانون الوضعى المصرى ، ولايكون للقاضى سلطة تقدير الإستعجال فى مثل هذه الحالات ، وإنما يجب عليه التسليم بذلك وأن يحكم بالإجراء ، أوالتدبير المستعجل ، والذى يعينه المشرع الوضعى المصرى ، بل إن هذا الإجراء ، أو التدبير يكون نافذا فى بعض الحالات بقوة القانون الوضعى المصرى ، ودون حاجة إلى النص القانونى الوضعى عليه – كنص المادتين (٢٨٨) ، (٢٨٩) **من قانون المرافعات المصرى على شمول الأحكام القضائية الصادرة فى المواد المستعجلة ، والتجارية بالتنفيذ المعجل بقوة القانون الوضعى المصرى** .

الشرط الثانى :

أن يكون المطلوب إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، لايتضمن مساسا بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى :

يحظر على القضاء المستعجل الفصل فى أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، أو المساس بها . فإذا كانت الحماية القضائية المستعجلة تبذل فى ظرف عجلة ، وسرعة ، ويتوقف نجاحها على سرعة تلبيتها – **بمنحها قبل وقوع الأضرار ، أو قبل تفاقم آثارها** – فإنه لن يكون

أمام القاضى المستعجل متسعا من وقت ، يسمح له بأن يبحث فى أصل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية المراد حمايتها ، وأن يفصل فيها . فسلطة القضاء المستعجل تنحصر فى الأمر باتخاذ مجموعة من التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية ، تحفظ الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، وتشبع المصالح المهددة إشباعا مؤقتا ، إلى أن يتمكن القضاء الموضوعى - **وباجراءاته العادية** - من الفصل فى النزاع حول أصل الحق أو المركز القانونى الموضوعى ، بحكم قضائى موضوعى ، تضمن الحجية القضائية التى تلازمه فرض مضمون ماقضى به على أطراف الخصومة القضائية فيه ، وتحول دون تجديد المنازعة حوله ، باجراءات الدعوى القضائية المبتدأة .

فالتدابير ، أو الإجراءات - **وسيلة الحماية القضائية المستعجلة** - هى تدابير تحفظية ، أووقتية ، لاتمس أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، وينتهى مفعولها إما بزوال الخطر تلقائيا ، أو بصدور الحماية القضائة الموضوعية .

ويتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقدرية واسعة فى تحديد التدبير ، أو الإجراء الوقتى ، أو التحفظى الذى يراه أكثر ملاءمة ، واتفاقا مع ظروف الحالة المعروضة عليه ، ولو كان ذلك مغايرا للتدابير التى يطلبها الطالب . فإذا ماطلب من القاضى المستعجل تعيين حارس على عقار ، مع تكليفه بتوزيع الريع على الشركاء ، فإنه يجوز له أن يأمر بتعيين الحارس ، وتكليفه بايداع الريع خزينة المحكمة .

ومع الإتفاق حول القاعدة المتقدمة ، فإنه قد اختلف الرأى حول تأسيسها . فيرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن سلطة القاضى المستعجل فى الأمر بتدبير ، أو إجراء وقتى ، أو تحفظى يكون مغاير لما يطلب منه هو مظهرا لسلطة أعم ، وأشمل ، يملك بمقتضاها القاضى المستعجل الحق فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، والتى تعتبر استثناء من مبدأ

حياد القاضى العام فى الدولة ، والذى يستلزم تقييده بالطلبات المقدمة إليه من الخصوم فى الدعوى القضائية .

وتجد هذه السلطة أساسها فى إعمال قاعدة التحول فى نطاق الطلبات القضائية . وبمقتضاها ، يعترف للقاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات القضائية الموضوعية – والتى **لايختص بها بحسب** الأصل – إلى طلبات قضائية مستعجلة ، **ينعقد** له الإختصاص القضائى **بنظرها** .

وتطبيقا لذلك ، فإن طلب تثبيت ملكية عقار – **وهو طلبا قضائيا موضوعيا** – لايختص به القاضى المستعجل ، ويمكن تحويره إلى طلب فرض الحراسة القضائية عليه ، **فيصير طلبا** قضائيا مستعجلا ، **مما ينعقد الإختصاص** القضائى بنظره للقاضى المستعجل .

والقاضى المستعجل يجب أن يغض النظر عن الطلب القضائى الموضوعى بعدم الإعتداد بالحجز ، وإن كان له أن يأمر – **بما له من سلطة فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية** - بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى – **والذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه** – وهو وقف البيع مؤقتا .

وقد انتقد هذا الرأى المتقدم ذكره ، على أساس أن الإعتراف للقاضى المستعجل بسلطة فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى الذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه يشكل خروجا على القاعدة الأصولية لحياد القاضى العام فى الدولة ، والتى تلزمه بأن لايقضى إلا إذا قدم إليه طلبا قضائيا – **وفى حدود مايقدم اليه من طلبات قضائية** – فليس للقاضى العام فى الدولة أن يقضى بما لم يطلب منه القضاء به ، أو بما يتجاوز مايطلب منه .

فقاضى الأمور المستعجلة لايملك تحوير الطلب القضائى الوقتى إلى طلب قضائى موضوعى ، لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته القضائية فى الدعوى القضائية ، ويكون الإعتراف للقاضى المستعجل بهذه السلطة هو استثناء من

القواعد العامة . والإستثناء لايتقرر إلا بنص قانوني وضعي خاص ، يكشف عن ارادة واضحة للمشرع الوضعي المصري في الخروج على القواعد العامة . وفي غياب نصوص قانونية وضعية مصرية تقرر العمل بهذا الإستثناء ، فإن هذا الرأي يفتقد إلى أساس قانوني ، يكفي لحمله .

كما أن القواعد العامة للإختصاص القضائي بتحقيق الدعاوى القضائية والفصل في موضوعها ترفض الركون إلى إرادة القاضي العام في الدولة ، و لمجردة في تحديد اختصاصه القضائي ، فهذه الإرادة تمثل معيارا شخصيا ، قلقا ، متغيرا ، وغير ثابت ، أو مستقر ، وهو مايصادر عن التنظيم القضائي مايجب أن يتصف به من موضوعية ، ثبات ، واستقرار .

فإذا قدم إلى القاضي المستعجل طلبا قضائيا موضوعيا يحتوى ضمنا على طلب قضائي وقتي ، فإن له أن يقضي في هذا الطلب القضائي الأخير باعتباره طلبا قضائيا ضمنيا مطروحا عليه .

كما أنه إذا قدم طلبا قضائيا باتخاذ اجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظي محدد فإن للقاضي المستعجل أن يأمر باجراء ، أو تدبير آخر وقتي ، أو تحفظي ولايكون في هذه الحالة قد قضى بغير ماطلب منه ، **لأن الطلب القضائي المستعجل هو** : طلبا بالحماية القضائية المستعجلة للحق من خطر محدد يتهدده .

وعلى ذلك ، فإذا قضى القاضي باجراء يختلف عن الإجراء المطلوب منه القضاء به – **تماشيا مع اعتبارات المواءمة لظروف الحالة المعروضة عليه** – فإنه لايكون قد غير في مضمون ماطلب منه ، وهو الحماية القضائية المستعجلة للحق ، أو المركز القانوني الموضوعي .

غير أن سلطة القاضي المستعجل في القضاء بتدبير ، أو إجراء وقتي أو تحفظي ، يكون مخالفا لما طلب منه ، تتقيد بألايكون الإجراء المقضي به أكثر ضررا بالمحكوم عليه ، لأنه بذلك يتجاوز حدود الطلب القضائي الوقتي ويقضي بأكثر مماطلب منه القضاء به .

كما أنه وفى الحالات التى يحدد فيها المشرع الوضعى المصرى تدبيرا ، أو إجراء وقتيا ، أو مستعجلا معينا - **كحالات التنفيذ المعجل القضائى ، والتى تنص عليها المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات المصرى . وماتنص عليه المادة (٣١٦) من قانون المرافعات المصرى من حق الدائن فى توقيع الحجوز التحفظية فى الحالات المحددة بها** - فإن القاضى إذا قرر الإستجابة إلى الطلب القضائى المستعجل ، فإنه يلتزم بالتدبير ، أو الإجراء الوقتى ، أو التحفظى المعين .

فالحماية القضائية المستعجلة تكون فى أساسها حماية قضائية وقائية ترمى إلى شل الخطر ، وتلافى وقوع الضرر ، أو وقفه عند الحدود التى بلغها ، والحيلولة دون تفاقمه ، واستنفاده لآثاره . ويحدد هذا الدور الوقائى نطاق وحدود نشاط القاضى المستعجل .

فإذا ماإستنفد الضرر كامل آثاره ، ولم يعد هناك من شئ يمكن توقيه ، فإنه لم يعد للقضاء المستعجل من دور يؤديه ، ولايكون أمام صاحب المصلحة سوى الإلتجاء إلى القضاء الموضوعى ، والذى يباشر نشاطه لرفع الضرر والتعويض عنه .

وتجد هذه الفكرة تطبيقا أساسيا فى إشكالات التنفيذ ، فباعتبارها من المنازعات المستعجلة ، فإنها يجب أن تبدى قبل تمام التنفيذ . فتمام التنفيذ ينفى الدور الوقائى ، والذى يمكن للقضاء المستعجل أن يؤديه ، ويضع عائقا أمام قبول إشكالات التنفيذ .

الشرط الثالث :

ألا يكون أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى محلا لنزاع جدى ، يحول دون ترجيح احتمال وجود الحق ،أو المركز القانونى المطلوب حمايته :

لأن الحمايــة القضائيــة المســتعجلة للحقــوق ، والمراكــز القانونيــة الموضوعية تباشر قبل أن يتسنى التأكد من وجودها بواسطة القضــاء العــام الموضوعى ، فلا أقل من أن يرجح الظاهر وجودها .

لذلك ، فإن القضاء المستعجل لايبذل الحماية القضائية المستعجلة إلا إذا رجح لديه – **وبحسب الظاهر** – إحتمال وجــود الحقــوق ، أوالمراكــز القانونيــة الموضوعية المطلوب حمايتها ، فهو يرجح احتمــال وجودهــا ، ولايقطــع بوجودها .

ونتيجة لذلك ، فإن أصل الحقوق ، والمراكز القانونيــة الموضوعيــة تبقــى **محفوظة** ، **يتناضل** فيها الخصوم أمام محاكم الموضوع ، **ولاتتأثر** بمــا أورده القضاء المستعجل فى شأنها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **جرى قضاء هــذه المحكمة على أن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخــاذ اجــراء وقتى ، مبناه ظاهر الأوراق ، ولايمس أصل الحق . ومن ثم ، فإن التجــاء الطاعنة إلى القضاء المستعجل ، وحصولها منه على حكم قضائى موقــوت بطرد المســتأجر – المطعون عليه – لايحول دون حقه فى الإلتجــاء إلــى محكمة الموضوع ، للفصل فى أصل النزاع** " .

كما قضت كذلك بأنه : " **مساس القاضى المستعجل بالموضوع ليــس مــن شأنه بطلان الحكم القضائى ، وإنما يكــون تزيــدا اضطراريــا ، أو غــير اضطرارى ، وفى كلتا الحالتين ، فإن موضوع الحق فى ذاته يبقى محفوظــا سليما ، يتناضل فيه ذوو الشأن ، لدى جهة الإختصاص** " .

فالقاضى المستعجل يبنى حكمه على ترجيح احتمال وجود الحــق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، يستقيه من ظــاهر الأوراق ، والمســتندات ، ومن التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة الحق ، أو المركــز القانونى الموضوعى المطلوب حمايته ، ويكون له تفسير عبارات النصــوص

القانونية الوضعية ، والإجتهاد فى تأويلها ، وتحديد مضمونها ، والكشف عن مدلولاتها .

كما يقوم ببحث سطحى لوقائع الدعوى القضائية - **لايتعمق فيه فى بحث أدلة الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، والمستندات المتعلقة بها** - يكشف بواسطته عن احتمالات وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ولقد قضى تطبيقا لذلك بأنه : " **إذا جاز للقاضى المستعجل أن يبحث مستندات الخصوم بحثا عرضيا يتحسس به مايحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب ، فإنه يمتنع عليه أن يأمر باجراء مقتضاه تطبيق هذه المستندات على الطبيعة ، لمعرفة ماإذا كانت تنطبق على العين موضوع النزاع ، أو لاتنطبق ، لمساس ذلك بأصل الحق ، بل إن عليه فى هذه الصورة أن يترك الأمر لقاضى الموضوع وليس له أن يقطع فى شأنها برأى حاسم ، بل إنه يحكم بناء على ظاهرها دون أن يكون له تفسيرها أو تاويلها** " .

كما قضى كذلك بأنه : " القاضى المستعجل ممنوعا من تفسير الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ ، فإذا غم عليه الأمر ، فإنه يجب عليه التخلى عن النزاع ، وترك الفصل فيه لمحكمة الموضوع ، لتقول كلمتها فيه ، وإلا خرج عن نطاق اختصاصه ، ومس أصل الحق المتنازع عليه " .

وإذا كان القضاء المستعجل يقوم على ترجيح وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فإن المنازعة الجدية التى تثور حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى تكون عقبة أمام اختصاصه القضائى بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة ، لأنه لم يبق ظاهرا منها مايسعف القاضى المستعجل فى ترجيح احتمال وجودها .

فتخلف المنازعة الجدية حول أصل الحق ، أو

المركز القانونى الموضوعى يكون شرطا لاختصاص القاضى المستعجل .

فإذا وجدت منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى

فإن على القاضى المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه ، لأنـــه لايســتطيع أن يفصل فيها ، وإلا يكون قد قضى عندئذ فى أصل الحق ، أو المركز القـانونى الموضوعى ، وهو مايكون محظورا عليه .

ويشترط فى المنازعة التى تثار حول أصل الحق ، أو المركوز القـانونى الموضوعى أمام القضاء المستعجل ، وتكون عقبة أمام اختصاصه القضـــائى بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة أن تكون حول أصل الحق ، أو المركـــز القانونى الموضوعى ، فلا ترتب المنازعة هذا الأثر إذا كان موضوعها هـــو ملاءمة ، أو فاعلية ، أو ضـــرورة التدابـــير ، أو الإجـــراءات الوقتيـــة ، أو المستعجلة .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **تصدى القاضى المستعجل فـــى الدعــوى القضائية بطرد حائز العقار ، مع توافر السند الجدى لدى الحـــائز ، يعتـــبر تصديا منه للفصل فى نزاع موضوعى بحت ، لاولاية له فى البت فيه** " .

ولايكفى أن تكون المنازعة حول أصل الحـــق ، أو المركـــز القـــانونى الموضوعى ، وإنما يجب أن تثار من أحد أطراف رابطة الحق ، أو المركـــز القانونى الموضوعى ، لأنهم هم وحدهم أصحاب الصفة ، والمصلحـــــة فـــى إثارة هذه المنازعة . فالمنازعة من غيرهم لاترتب أثرها فى تجـــهيل الحـــق أو المركز القانونى الموضوعى ، فيصير حقا ، أو مركزا قانونيا موضوعيـــا متنازعا عليه .

ولايكفى احتمال وجود المنازعة ، وإنما يجب أن تثار بالفعل أمـــام القضـــاء المستعجل ، ولايوجد ميعادا محددا يجب اثارتها خلاله ، فيمكن اثارتها فـــى أى وقت ، أثناء نظر الدعوى القضائية المستعجلة ، وقبـــل صـــدور الحكـــم القضائى فيها .

ولايكفى وجود المنازعة الجدية حول أصل الحـــق ، أو المركـــز القـــانونى الموضوعى فى ذاته ، حتى تكون عقبة أمام اختصاص القضـــاء المســتعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة ، وإنما يجب أن يكون مـــن شـــأن هـــذه

المنازعة تجهيل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها حماية قضائية مستعجلة ، بحيث يصعب التعويل على الظاهر ، لتحديد الراجح منها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **إذا لم يسعف الوضع الظاهر القاضى المستعجل ، واستشكل عليه تحديد الحقوق الظاهرة الجديرة بالحماية ، أو لم يعد أصل الحق واضحا وضوحا يستأهل حماية القضاء المستعجل ، فإنه يجب عليه الإمتناع عن منح الحماية القضائية المستعجلة** " ، **وتقدير توافر الجدية فى المنازعة حول أصل الحق ، هو من المسائل المنوطة بالقاضى المستعجل ، يعمل فى شأنها سلطته التقديرية ، ولامحل للنعى ، أو التثريب عليه ، طالما كان حكمه قائما على أسباب سائغة ، منتجة فيه** " .

الإرتباط بين الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية المستعجلة :

توافر الشروط الثلاث المتقدمة يكون مفترضا لازما لقيام اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فتخلف إحداها يؤدى إلى تخلف اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فإذا ماقضى القاضى المستعجل بالحماية القضائية المستعجلة ، رغم تخلف شرط من شروط اختصاصه القضائى بها ، فإنه يكون قد قضى بما يتجاوز أختصاصه القضائى ، وبما يخرج عن سلطته القانونية ، وهو مايستوجب إلغاء حكمه القضائى ، حال الطعن فيه .

والعبرة فى تقدير توافر شروط الإختصاص القضائى النوعى للقضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة هى بوقت صدور الأحكام القضائية فى الدعاوى القضائية المستعجلة .

فإذا كانت القاعدة العامة المطبقة فى خصوص الدعاوى القضائية العادية غير المستعجلة هى أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت

تقديم الطلب القضائى ، أو رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة تحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، فإن الدعاوى القضائية المستعجلة تخضع لقاعدة أخرى . مفادها ، أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت صدور الحكم القضائى ، أو القرار المستعجل . ومن ثم ، فإنه إذا رفعت الدعوى القضائية إلى القاضى المستعجل ، دون أن تتوافر فيها شروط اختصاصه القضائى بنظرها ، فإن اختصاصه القضائى المستعجل بها ينعقد مع ذلك ، إذا توافرت هذه الشروط فى أى قت لاحق ، أثناء نظر الدعوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا توافرت شروط الإختصاص القضائى للقاضى المستعجل وقت رفع الدعوى القضائية المستعجلة إليه ، ثم زالت هذه الشروط أو بعضها فى وقت لاحق أثناء نظرها ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها - **كأن تزول حالة الإستعجال ، أو أن تثور منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى** - فإن اختصاص القاضى المستعجل ينحسر فى هذه الحالة ، ويتعين عليه أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى القضائية المرفوعة إليه . وتطبق هذه القاعدة فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى القضائية المستعجلة - **سواء كانت فى مرحلة الدرجة الأولى ، أم فى مرحلة الإستئناف .**

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **القاضى المستعجل يجب أن يحكم بعدم اختصاصه بالدعوى القضائية المستعجلة بإخلاء المستأجر من العين المؤجرة ، لعدم الوفاء بدين الأجرة ، إذا قام المستأجر فى أى وقت أثناء نظر الدعوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها بالوفاء بالأجرة المتأخرة** " .

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بالدعاوى القضائية المستعجلة أن تكون داخلة فى الإختصاص القضائى الولائى لجهة المحاكم :

محاكم القضاء المستعجل - **سواء كانت محاكم مخصصة ، أو محاكم للموضوع** - هى من التشكيلات التى تندرج فى جهة المحاكم ، أو جهة القضاء العادى . ومن ثم ، يجب عليها أن تلتزم حدود ولاية الجهة التى تتبعها .

فحيث لاتكون لجهة المحاكم ولاية بنظر مسألة معينة ، فإنه لاتكون لمحاكم القضاء المستعجل ولاية بنظرها ، رغم أنها لاتصدر إلا مجرد أحكاما قضائية مستعجلة .

ويستوى فى ذلك أن تكون هذه المسألة مماتخرج عن ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة فى عمومه ، أو مما تخرج عن ولاية جهة المحاكم ، **لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى .**

فيخرج عن اختصاص القضاء المستعجل - **ولو توافرت ظروف الإستعجال** - الفصل فى الطلبات القضائية المتعلقة بعدم الإعتداد بالقرار الإدارى ، أو وقف تنفيذه ، أو إثبات الحالة المتعلقة بالعقود الإدارية ، **لما فيه من اعتداء على جهة القضاء الإدارى .**

ذلك أن القضاء المستعجل - **وباعتباره ضمن تشكيلات جهة القضاء العادى** - يكون مقيدا بحدود ولاية الجهة التى يتبعها .

كما أن الدعوى القضائية المستعجلة هى دعوى قضائية مساعدة لدعوى قضائية موضوعية . فإذا كانت هذه الدعوى القضائية لاتدخل فى ولاية القضاء العادى ، فإن الدعوى القضائية المستعجلة تخرج عن الإختصاص القضائى الولائى لمحكمة الأمور المستعجلة ، أو المحكمة الجزئية .

فإذا كان المطلوب فى الدعوى القضائية هو اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظى ، يتعلق بعمل من أعمال السيادة ، أو بمنازعة إدارية ، فإن هذ المسائل تخرج عن ولاية القضاء العادى . ومن ثم ، تخرج عن اختصاص القضاء المستعجل .

وتطبيقا لذلك ، لايختص قاضى الأمور المستعجلة ، أو القاضى الجزئى بنظر جميع المنازعات الإدارية المستعجلة – **سواء كانت هذ المنازعات ناشئة عن عقود إدارية ، أو مترتبة على قرارات ادارية .**

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **حيث أن القاعدة الأصولية أن القضاء المستعجل يكون فرعا من القضاء المدنى . ويترتب على ذلك ، أنه حيث تخرج المنازعة الموضوعية من ولاية القضاء العادى ، فإن شقها المستعجل يخرج بالتالى عن اختصاص القضاء المستعجل ، إذ مادام الأصل غير مختص بنظر الموضوع ، فإن الفرع لايختص بنظر الشق المستعجل فيه ، فهو يستمد ولايته من ولاية الجهة التى يكون تابعا لها ،وتنبثق عنها . وأنه إذا اتضح للقاضى المستعجل أن الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة أمامه خارجة عن اختصاصه وظيفيا لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى ، فإنه يتعين عليه أن يقرن الحكم بعدم الإختصاص القضائى الولائى بإحالة الدعوى القضائية إلى المحكمة المختصة وظيفيا بنظرها وفيما يتعلق بالمنازعات المستعجلة المتعلقة بالحجوز الإدارية ، فقد رؤى خضوعها لاختصاص القضاء العادى فيختص القضاء المستعجل بالطلبات القضائية المستعجلة المترتبة على هذه الحجوز ، ويستطيع أن يحكم ببطلان اجراءاتها ، أو الغائها ، أو وقف اجراءات البيع ، على أساس أن الحجز الإدارى يكون وسيلة من وسائل التنفيذ ، تمكن الحكومة من الحصول على مستحقاتها لدى الأفراد ، كما يختص القضاء العادى بنظر تفسير اللوائح الإدارية ، لأنها لاتعد من قبيل الأعمال الإدارية ، وإنما هى فى حقيقتها تكون تشريعا ، يخضع لتفسير القضاء العادى ، وفيما يتعلق بالقرارات**

الإدارية المنعدمة ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظرها ، ليوقف تنفيذها " .

الحكم القضائي الصادر بعدم اختصاص القاضي المستعجل بالدعوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة يستنفد سلطته بالنسبة لموضوعها :

إذا أصدر القاضي حكما قضائيا قطعيا ، فإنه يستنفد ولايته فى خصوص المسألة التى فصل فيها .

وقاعدة استنفاد الولاية يعمل بها بالنسبة لكافة الأحكام القضائية القطعية الصادرة فى الخصومة القضائية – **أيا كانت المادة ، أو المسألة التى فصلت فيها .**

ومع ذلك ، فإن إعمالها يؤدى إلى نتائج مختلفة بحسب ماإذا كانت الدعوى القضائية التى فصل فيها الحكم القضائي القطعي هى دعوى قضائية موضوعية غير مستعجلة ، أم دعوى قضائية مستعجلة .

ففى الدعاوى القضائية العادية ، أو غير المستعجلة ، فإنه من المقرر أن استئناف الأحكام القضائية الصادرة فيها بعدم الإختصاص القضائي لايطرح على المحكمة الإستئنافية إلا مسألة الإختصاص القضائي وحدها ، دون الموضوع . وسبب ذلك ، هو اختلاف الإختصاص القضائي عن موضوع مثل هذه الدعاوى القضائية .

فلأن الحكم القضائي الصادر بعدم الإختصاص القضائي لايفصل إلا فى مسألة الإختصاص القضائي وحدها ، فإنه يستنفد سلطة القاضي بالنسبة لهذه المسألة . ولذا ، تتقيد سلطة محكمة الإستئناف فى حدود ما فصل فيه قضاء أول درجة ، دون المسائل التى لم يفصل فيها . فإذا ماقررت إلغاء الحكم القضائي الصادر بعدم الإختصاص القضائي ، فإنها لاتفصل فى موضوع

الدعوى القضائية ، والذى يظل محجوزا لقضاء أول درجة ، لأنه لم يقل فيه كلمته بعد .

فمحكمة الطعن لاتتصدى إلا لما فصلت فيه الأحكام القضائية المطعون فيها واستنفدت المحاكم التى أصدرتها ولايتها فى شأن المسائل التى فصلت فيها .

أما فى الدعاوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة ، ولارتباط الإختصاص القضائى بموضوعها ، فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى – **لعدم توافر شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى القضائية المستعجلة** – يتضمن حتما قضاء فى موضوع الطلب القضائى برفض منح الحماية القضائية المستعجلة ، لعدم توافر مفترضاتها . ولذلك فإن الحكم القضائى الصادر لايتضمن قضاء قطعيا فى مسألة الإختصاص القضائى فحسب ، وإنما أيضا قضاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة ذاتها .

وإذ يتضمن الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة قضاء قطعيا فى الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية ، فإنه يترتب على صدوره استنفاد سلطة القاضى المستعجل فى مسألة الإختصاص القضائى وموضوع الدعوى القضائية على حد سواء .

ونتيجة لذلك ، فإن الطعن بالإستئناف فى هذا الحكم القضائى يطرح على محكمة الدرجة الثانية المسألتين معا ، فإن هى قضت بإلغاء الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، وباختصاص القضاء المستعجل ، فإنه يجب عليها أن تفصل فى موضوع الطلب القضائى ، فتمنح الحماية القضائية المستعجلة بتقرير ماتقدر كفايته من تدابير ، أو إجراءات تحفظية ، أو وقتية – لزوم هذه الحماية القضائية .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **محكمة ثانى درجة إذا قضت فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة لم تكن بصدد حالة من حالات التصدى ، بل كانت تفصل فى طعن بالإستئناف رفع عن حكم قضائى . وإن قضت فى**

الدعوى القضائية ، والذى يظل محجوزا لقضاء أول درجة ، لأنه لم يقل فيه كلمته بعد .

فمحكمة الطعن لاتتصدى إلا لما فصلت فيه الأحكام القضائية المطعون فيها واستنفدت المحاكم التى أصدرتها ولايتها فى شأن المسائل التى فصلت فيها .
أما فى الدعاوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة ، ولارتباط الإختصاص القضائى بموضوعها ، فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى - **لعدم توافر شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى القضائية المستعجلة** - يتضمن حتما قضاء فى موضوع الطلب القضائى برفض منح الحماية القضائية المستعجلة ، لعدم توافر مفترضاتها . ولذلك فإن الحكم القضائى الصادر لايتضمن قضاء قطعيا فى مسألة الإختصاص القضائى فحسب ، وإنما أيضا قضاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة ذاتها .

وإذ يتضمن الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة قضاء قطعيا فى الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية ، فإنه يترتب على صدوره استنفاد سلطة القاضى المستعجل فى مسألة الإختصاص القضائى وموضوع الدعوى القضائية على حد سواء .

ونتيجة لذلك ، فإن الطعن بالإستئناف فى هذا الحكم القضائى يطرح على محكمة الدرجة الثانية المسألتين معا ، فإن هى قضت بإلغاء الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، وباختصاص القضاء المستعجل ، فإنه يجب عليها أن تفصل فى موضوع الطلب القضائى ، فتمنح الحماية القضائية المستعجلة بتقرير ماتقدر كفايته من تدابير ، أو إجراءات تحفظية ، أو وقتية - **لزوم هذه الحماية القضائية** .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **محكمة ثانى درجة إذا قضت فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة لم تكن بصدد حالة من حالات التصدى ، بل كانت تفصل فى طعن بالإستئناف رفع عن حكم قضائى . وإن قضت فى**

منطوقه بعدم الإختصاص القضائى إلا أنها أقامت قضاءها بذلك على أسباب تناولت موضوع الطلبات بالدعوى القضائية المستعجلة ، من شأنها أن تؤدى إلى رفضها ، ولما كانت هذه الأسباب بالذات هى موضوع الإستئناف فإن استئناف الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة يكون قد نقل إلى محكمة ثانى درجة موضوع الدعوى المستعجلة بجميع عناصره "

كما قضى كذلك بأنه : " متى كان الحكم القضائى القضائية الصادر – وإن قضى فى منطوقه بعدم الإختصاص القضائى – قد أقام قضائه فى ذلك على أن تصدى قاضى الأمور المستعجلة لتفسير سند الوكالة ، لتعرف حدوده ، ومداه مايمتنع عليه ، لمساسه بأصل الحق ، فإن استئناف هذا الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة ينقل إلى المحكمة الإستئنافية الدعوى القضائية المستعجلة بكافة عناصها " .

أثر الإرتباط فى إعمال نظام الإحالة أمام القضاء المستعجل :

تفرض المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها بالدعوى القضائية المرفوعة أمامها أن تأمر – وفى ذات الحكم – باحالة الدعوى القضائية بحالتها إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

وباطلاق عبارته ، فإن مجال تطبيق نص المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى يشمل كافة الأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل فى موضوعها – أيا كان أساس عدم الإختصاص القضائى ، ومبناه " عدم اختصاص قضائى نوعى أو عدم اختصاص قضائى محلى " ، وأيا كانت طبقة المحكمة التى أصدرتها " محكمة جزئية ، أو محكمة إبتدائية " ، أو درجتها " محكمة أول ، أو ثانى درجة " ، وأيا كانت مادة الدعوى القضائية ، وموضوعها " دعاوى قضائية عادية " أو موضوعية " ، أو دعاوى قضائية مستعجلة " .

ومفاد ظاهر هذا الإطلاق هو التزام القضاء المستعجل بتطبيق نص المـــادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى فى كل حالة يقـــرر فيــها عــدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة إليــه فيلتزم بأن يقرن حكمه القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى بـــالأمر باحالة الدعوى القضائية المستعجلة إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقــها والفصل فى موضوعها .

ولكن هذا الإطلاق لايصادفه صحيح تطبيـــق بالنســبة للأحكـــام القضائيـــة الصادرة بعدم الإختصاص القضائى النوعى بالدعاوى القضائية التـــى ترفـــع بصفة مستعجلة ، لأن الإحالة لعدم الإختصاص القضائى النوعى تقوم علــــى أن المحكمة التى رفعت إليها الدعوى القضائيــــة غــير مختصـــة بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها . ولذلك فإنها تقضى بعدم الإختصـــاص القضـــائى دون أن تمس موضوع الدعوى القضائية لذلك ، فإن المحكمة الأولى تـــأمر باحالة الدعوى القضائية إليها ، ولتخلف ذلك كله فى حالة الأحكام القضائيـــة الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيا بالدعـــاوى القضائيـــة التى ترفع إليه بصفة مستعجلة – **لتخلف شرط اختصاصه القضـــائى بـــها** – فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى عندئذ يتضمن قضـــاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة برفـــض الطلـــب القضـــائى لعدم توافر مقتضيات الحماية القضائية المستعجلة . وبقضائها فى موضـــــوع الدعوى القضائية المستعجلة ، فإن خصومة هذه الدعوى تنتـــهى ، ولايتبقـــى منها شيئا يستحق الإحالة إلى محكمة أخرى .

فالإحالة فى هذه الحالة ترد على عدم ، ولأن المطلوب فى الدعوى القضائية المستعجلة هو الحماية القضائية المستعجلة للحقـــوق ، والمراكـــز القانونيـــة الموضوعية المهددة – **وهو مالاتختص به استقلالا محاكم الموضوع** – فـــإن مفترض الإحالة يتخلف ، فلايكون لها محل بعد تخلف مفترضاتها ، ولايمكـــن التحايل على ذلك بالقول بأن القاضى المستعجل يملك سلطة تحوير الطلبـــات

القضائية الموضوعية المقدمة إليه ، من طلب قضائي وقتـــي ، إلـــى طلـــب قضائي موضوعي . ومن ثم ، ينعقد الإختصاص القضائي لمحكمة الموضوع فتصح الإحالة إليها .

فالقواعد العامة المعمول بها تقيد القاضي بالطلبات القضائية المقدمـــــة مـــن الخصوم في الدعوى القضائية ، وتنكر عليه سلطة تعديلها ، والتغيير فيـــها . وبتخلف مفترضات تطبيق نظام الإحالة على هـــذا النحـــو ، فـــإن الأحكـــام القضائية الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيـــا بالدعـــاوى القضائية التي ترفع إليه بصفة مستعجلة لاتتضمـــن أمـــرا باحالـــة الدعـــوى القضائية إلى محكمة الموضوع .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنـــــه :" **قضـــاء قـــاضي الأمور المستعجلة بعدم اختصاصه القضائي النوعي بنظر الدعوى القضائيـــة ينهي الخصومة القضائية أمامه ، ولايبقى منها مـــايجوز إحالتـــه لمحكمـــة الموضوع ، وفقا للمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصري .**

أولا :

لأن هذا القضاء يتضمن رفضا للدعوى القضائية ، لعدم توافر الشرطين اللازمين لقبولها : وهما الإستعجال ، وعـــدم المســـاس بأصل الحق أو المركز القانوني الموضوعي .

وثانيا :

لأن المدعي طلب في الدعوى الأمر باتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتـــي ، أو تحفظي ، وهذا الطلب لاتختص به استقلالا محكمة الموضـــوع ، ولاتملـــك المحكمة تحويره من طلب قضائي وقتي ، إلى طلب قضائي موضوعـــي ، لأن المدعي هو الذي يحدد طلباته في الدعوى القضائية " .

كما قضت كذلك بأنه : " إذا تبين للقاضي المستعجل أن المطلوب فيـــه – بحسب الطلبات القضائية الأصلية ، أو المعدلة – فصل في أصل الحـــق ، أو

المركز القانونى الموضوعى ، فإنه يتعين عليه أن يتخلى عن الفصل فى الدعوى القضائية ، ويحكم بعدم اختصاصه القضائى بنظرها ، ويحيلها إلى محكمة الموضوع . وإذا كان البين من الأوراق أن الدعوى القضائية كانت قد رفعت ابتداء بطلبين قضائيين . وهما : الطرد ، والتسليم ، وكان الطلبان القضائيان مؤسسين على ملكية المطعون ضدها للأطيان موضوع النزاع وغصب الطاعن لها ، فإنهما بهذه المثابة يكونان طلبان قضائيان موضوعيان ، رفعا خطأ إلى محكمة الأمور المستعجلة . فى حين أن المحكمة المختصة بهما هى محكمة الموضوع . ويكون الحكم القضائى إذ قضى بعدم اختصاصه القضائى بنظرها ، والإحالة قد أصاب صحيح القانون " .

ومع ذلك ، فإنه قد توجد بعض الحالات المحدودة التى يجد فيها القاضى المستعجل نفسه ملزما بأن يقرن حكمه القضائى بعدم الإختصاص القضائى بالأمر باحالة الدعوى القضائية المرفوعة إليه إلى محكمة الموضوع . **ومثال ذلك** : أن يرفع إليه طلب بتقرير حماية قضائية موضوعية – **كدعوى تثبيت ملكية ، أو دعوى تعويض عن أضرار ناجمة عن خطأ منسوب للمدعى عليه** – ففى مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، فإن القاضى المستعجل يلتزم بأن يقضى بعدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية وباحالتها إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها عملا بالمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى .

وفى تقريره بالإحالة فى مثل هذه الحالات ، فإن القاضى المستعجل لايغير فى طلبات الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو يحور فيها ، وإنما يعمل مقتضاها .

والأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى لاتتضمن فى مثل هذه الحالات قضاء فى موضوع الدعوى القضائية ، ولايعتبر ذلك من قبيل الإستثناء من قاعدة ارتباط الإختصاص القضائى بموضوع الدعوى القضائية

لدى القضاء المستعجل ، لأن نطاق تطبيق هذه القاعدة يقتصر على الدعاوى القضائية المستعجلة - **دون الدعاوى القضائية الموضوعية .**

كما يطبق نظام الإحالة أيضا إذا رفعت الدعوى القضائية بصفة مستعجلة ثم عدل المدعى فى طلباته القضائية إلى طلب الحماية القضائية الموضوعية بالقضاء فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى .

الإجراءات فى الدعاوى القضائية المستعجلة :

نظرا لظروف الإستعجال المقترنة بالدعاوى القضائية المستعجلة ومراعاة لمقتضيات السرعة التى تتطلبها هذه الدعاوى القضائية ، فقد بسط المشرع الوضعى المصرى إجراءاتها ، وقصر مواعيدها ، وعجل بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة فيها . فقد جعل المشرع الوضعى المصرى ميعاد الحضور فى الدعاوى القضائية المستعجلة أربع ، وعشرون ساعة ، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد ، وجعله من ساعة إلى ساعة ، وبشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه ، إلا إذا كانت الدعوى القضائية من الدعاوى القضائية البحرية " **المادة (٢/٦٦) من قانون المرافعات المصرى** " .

ولم يجعل المشرع الوضعى المصرى رفع الدعوى القضائية المستعجلة مقصورا على الطريق المعتاد لرفع الدعاوى القضائية - **وهو ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فيها** - وإنما أجاز رفعها شفاهة أمام المحاكم المختصة ، بطريق التبعية للدعوى القضائية الموضوعية المنظورة أمامها .

ولايلتزم المدعى عليه فى الدعاوى القضائية المستعجلة بأن يودع مذكرة بدفاعه ، يرفق بها مستنداته ، قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية بثلاثة أيام على الأقل - **كما هو الشأن فى سائر الدعاوى القضائية الأخرى** " المادة (٤/٦٥) **من قانون المرافعات المصرى - والمعدلة بالقانون المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض**

أحكام قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، وقانون الإثبات فــى المــواد المدنية ، والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورســـوم التوثيــق فــى المواد المدنية " .

كما أجاز المشرع الوضعى المصرى نظر الدعوى القضائية المستعجلة فى الجلسة الأولى ، ولو تخلف المدعـــى عليــه عــن الحضــور " **المــادة (١/٨٤) من قانون المرافعات المصرى " .**

وميعاد استئناف الأحكام القضائية المستعجلة يكون خمسة عشر يومــا – **أيا كانت المحاكم التى أصدرتها " المادة (٢/٢٢٧) من قانون المرافعات المصرى " .**

كما لم يشترط القانون الوضعى المصرى أن تتم اجراءات التقاضى فــى الدعاوى القضائية المستعجلة أثناء مواعيد العمل الرسمية ، وإنما يجــوز أن ينعقد مجلس القضاء المستعجل فى منزل القاضى ، أو فى أى مكـــان آخــر يتفق عليه " المادة (١/٣١٢) من قانون المرافعات المصرى " .

والدعاوى القضائية المستعجلة لاتتدخل فيها النيابــة العامــة ، حتــى لايؤدى تدخلها إلى تأخير الفصل فيها .

كما أجاز القانون الوضعى المصرى تنفيذ الحكم القضائى الصادر فــى الدعوى القضائية المستعجلة بموجب مســودته ، وبغــير إعــلان " **المــادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المصرى** " ، ودون حاجة لانتظار حصــول المحكوم له على صورة تنفيذية منه .

وأجاز المشرع الوضعى المصرى تنفيذ الحكــم القضــائى المســتعجل معجلا بقوة القانون الوضعى المصرى – **أيا كانت المحكمة التى أصدرتــه** – كما جعل الأصل هو عدم تقديم كفالة مـــن المحكوم له ، إلا إذا نص الحكـم القضائى المستعجل على دفعها " **المادة (٢٨٨) مـن قـانون المرافعـات** المصرى " .

حجية الأحكام القضائية المستعجلة :

تقوم الأحكام القضائية المستعجلة على ظروف طارئة ، وأسباب عاجلة تتطلب اتخاذ إجراءات ، أو تدابير وقتية ، وسريعة ، لمواجهة هذه الظروف . ولذلك ، تكون مرهونة بوجود الظروف التى صدرت على أساسها ، وتحوز حجية قضائية مؤقتة ، تجيز للقاضى الذى أصدرها أن يعيد النظر فيها ، على ضوء الظروف الجديدة .

فيجوز للقاضى المستعجل أن يرجع فى قراراته ، أو أن يعدل فيها . فإذا كان قد أصدر قرارا بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، فإنه يستطيع أن يصدر قرار بانهاء الحراسة على هذا المال ، إذا زال الخطر الذى يهدده .

كما يجوز تعديل الحكم القضائى الصادر بنفقة وقتية ، على ضوء ظروف الدائن ، والمدين .

ولايجوز للقاضى المستعجل أن يعدل قراراته ، أو أن يلغيها ، إلا إذا حدث تغييرا فى المراكز القانونية للخصوم ، والظروف التى صدرت على أساسها كما أن الأحكام القضائية المستعجلة لاتحوز الحجية القضائية أمام محكمة الموضوع - والتى تفصل فى أساس الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى المتنازع عليه . ومن ثم ، فإنها لاتتقيد بما انتهى اليه قاضى الأمور المستعجلة فى قضائه الوقتى ، أو المستعجل ، والقائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق .

فيجوز لقاضى الموضوع أن يحكم بتمكين المستأجر من العين المؤجرة والذى حكم القاضى المستعجل بطرده منها .

كما يجوز لقاضى الموضوع أن يحكم بانقضاء المديونية ، بالرغم من حكم القاضى المستعجل بتقرير نفقة مؤقتة للمدعى - باعتباره دائنا .

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [١] :

مادام أن الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى من المسائل التى يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة مما يجوز التحكيم فيها [٢] .

إذ مادام أن القانون الوضعى قد أجاز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن المنازعات الموضوعية ، فإنه يجيز - **ومن باب اولى** - عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضا ، بدلا من عرضها على المحاكم العادية فى الدولة .

ولكن من يملك اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية بعد الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ؟ . هل تختص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر النزاع فى شقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ .

لاجدال فى أن مجرد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايمنع الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الإلتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبير تحفظى ، أو

---

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤١٧ ومايليه ص ٤٠٩ ومابعدها .

(٢) أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٥ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٥١ .

وقتى ، طالما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم لم تتشكل بعد [1] .

---

(١) أنظر :

GLASSON : op . cit. , N. 1816. P. 339; BERNARD: op. cit., N. 198. P. 117; HEBRAUD et P. PAYMOND: Obs. R. T. D. Civ . 1952. P. 99 et s; J. R. BEVICHI: La These precite. N. 289. P. 202; BERTIN: L'intervention. Rev. Arb. 1982. P. 331. specialement. P. 338; E. LOQUIN: J. CI. Proc. Fasc. 1034. N. 10 et s; G. COUCHEZ: Note sous Paris. 3 Juillet.. J. C. P. 1980. 11. 19389; DE BOISSESON et DE JUGLART: op. cit., N. 305. P. 256; J. ROBERT: L'arbitrage. ed. 1993. N. 127. P. 104.

وانظر أيضا :

Cass. Com. 3 Juillet. 1951. Gaz. Pal. 1951. 2. 316; Cass. Com. 4 Dec. 1953. D. 1954. 108; Cass. Com. 14 Mars. 1954. Rev. Arb. 1955. 95; Cass. Civ. 17 Juillet, 1957. Bull. Civ. 2e. N. 546. P. 354; Cass. Com. Nov. 1959. Gaz. Pal. 1960. 1. 191; Cass. Civ. 7 Juillet. 1979. Rev. Arb. 1980. 78; Cass. Civ. 20 Mars, 1989. R. T. D. Civ. 1989. 624.

وانظر أيضا : محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطبعة الثانيـــة – ١٩٥٢ – مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة – بند ١٦١ ص ٢٣١ ، محمد على راتـــب – قضـــاء الأمـــور المستعجلة – بدون سنة نشر – دار النشر الحديث بالقاهرة – بنـــد ٣٣٦ ص ٢٢٩ ، محمـــد عبـــد اللطيف – القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بنـــد ٦ ص ١٧ ، ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة – الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانيـــة – ١٩٨٢ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٢٦ ، ٢٧ ، أحمد أبو الوفـــا – التحكيـــم الإختيـــارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٨ ص ١٣٤ ، عز الدين الناصورى ، حامد عكاز – القضـــاء المستعجل ، وقضاء التنفيذ ، بدون سنة نشر – مطبوعات نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٩ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرســـالة المشار إليها – بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

وانظر أيضا : حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ – المحاماه المصرية – – الســـنة (١١) – ص ١٨٣ ، إستئناف مختلط فى ١٩٣٦/٤/٢٢ – المحاماه المصرية – السنة (١٧) – رقـــم (٦١٨) – ص ١٢٤٨، مستعجل مصر فى مصر ١٩٥١/١٢/١٥ – المحاماه المصرية – الســـنة (٣٤) – ص ٨٥٣

فقبل تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يختــص القضـــاء المســـتعجل وحـــده بالطلبات القضائية الوقتية ، والتحفظية - وبنفس الشروط التى يتدخـــل بـــها طبقا للقواعد العامة ، على أن يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر ، هـــو ألا يكون فى إمكان الخصم طالب الإجراء الحصول على نفـــس الحمايـــة بعـــد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم [١] .

ولكن وبعد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع الموضوعـــى الأصلى محل الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - واختصاصها بنظره ، هل تملك عندئذ الفصل فى المسائل المستعجلة واتخـــاذ الإجراءات الوقتية ، والتحفظية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصا بذلـــك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ .

إذا نص فى شرط التحكيم صراحة على أنه يشمل المنازعـــات الموضوعيـــة والمنازعات الوقتية ، أو المستعجلة ، فإنه يكون من الواجـــب إحـــترام هـــذا الشرط ، وإعماله ، بحيث إذا رفعت الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل ، بالمخالفة لشرط التحكيم ، فإنه يحق للخصـــم الآخـــر أن يدفـــع الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة بوجود شرط التحكيم .

ولم تكن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المـــواد (٥١١) - (٣٥١٣) " - **والملغـــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تسمح لهيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى

، مستعجل جنوب القاهرة - فى ١٩٨٧/٢/٢٨ - حكما قضائيا غير منشور . مشارا إليـــه فى : محمـــد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٦ .

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - باتخـــاذ ماقد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير ، أو إجراءات وقتيـــة ، أو تحفظيـــة وكان يتعين على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الذيـــن يعوزهم ذلك الإلتجاء إلى القضاء المستعجل .

إلا أن المادة (١/٢٤) من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نصت على أنـــه : **" يجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، أن تأمر أيـــا منهما باتخاذ ماتراه من تدابيلر مؤقتة ، أو تحفظية تقتضيها طبيعة الـــنزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به " .**

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، هـــو تخويـــل الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إمكانية مد سلطة هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - وعدم قصرها على الفصل فى الموضوع ، بحيـــث يتســـنى لـــها الأمر بما تراه من تدابير ، أو إجراءات مؤقتة ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعـــة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه . ومن ثم ، يمكن لهيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وبنـــاء علـــى تراضـــى الأطراف فى الإتفاق على التحكيم على تخويلها هذه الســـلطة** - أن تصـــدر أمرا - **وبناء على طلب أحدهما** - بتعيين حارس على موجـــودات الشـــركة محل النزاع بين الشركاء ، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها فى يـــد أمين ، أو فى أحد المخازن العامة ، أو بالتحفظ علـــى دفـــاتر ، ومســـتندات يحوزها أحد الأطراف المحتكمون " **أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " ، وتسليمها لخبير تنتدبه . . . إلخ .

ونظرا لما قد يترتب على هذه الإجراءات من مصروفات - **كدفع أتعاب ، أو مقابل الإيداع فى أحد المخازن العامة** - فإنه يجوز لهيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تطلب تقديم مايغطى هـــذه

التكاليف ، والتى يتحملها من طلب اتخاذ هذه التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أو الوقتية [1] .

ولكن ونظرا لأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتملك سلطة الإجبار التى يملكها القضاء العام فى الدولة ، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر ، وامتناعه عن التنفيذ [2] .

ولمواجهة ذلك ، فقد نصت المادة (٢/٢٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وبناء على طلب الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الذى صدر الأمر لصالحه** – أن تأذن له فى اتخاذ الإجراءات ، والتدابير الازمة لتنفيذ الأمر . بما فى ذلك ، حقه فى الإلتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للحصول على أمر بالتنفيذ ، إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى ، أو رئيس محكمة استئناف القاهرة ، أو محكمة الإستئناف المتفق على اختصاصها بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى . ويقتصر دور رئيس المحكمة عندئذ على إصدار الأمر بالتنفيذ ، فهو لايراجع سلامة ، أو صحة الأمر ، لأنه ليس جهة استئناف ، وإنما فحسب الجهة التى نيط بها أمر وإجبار الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الممتنع عن تنفيذ أوامر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **والتى صدرت بناء على تراضيه مع الطرف الآخر فى الإتفاق على**

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ص ١٥٣ ، ١٥٤ .

[2] فى دراسة أثر افتقار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لسلطة الأمر ، على اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦٢ ومابعدها .

التحكيم – على الخضوع لها ، وتنفيذها ، وفقا للإتفاق على التحكيم الذى تستمد منه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطاتها [١] .

ويثور التساؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تصدى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ .

فالمادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تنص على أنه :

" يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم ، أو أثناء سيرها " [٢] .

وإذا كان من الممكن للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى ، إذ يؤدى القول بمنع ذلك إلى حرمان الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المهدد بضياع دليله ، أو

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

[٢] والمقصود بالمحكمة دائما ، هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى ، ومحكمة استئناف القاهرة ، أو أى محكمة استئناف أخرى ، إتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاصها ، فى حالة التحكيم الدولى .

المعرض لمواجهة خطر محدق من وسيلة حماية [١] ، [٢] ، فإن إمكانية ذلك بعد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصلى ، لايكون له مايبرره ، إلا إذا خلا الإتفاق على التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو تحفظية . فعندئذ ، يكون مفهوما ماتضمنه نص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، ويظل متاحا لكل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم الإلتجاء إلى المحكمة المختصة ، وفقا لنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، لطلب اتخاذ تلك الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية - سواء قبل ، أو بعد بدء إجراءات التحكيم ، وأثناء سيرها [٣] .

---

[١] فى بيان ماإذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تصدى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم أنه يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٣ ومابعدها .

[٢] فى بيان شروط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة عند وجود اتفاقا على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته -- النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٧١ ومابعدها .

[٣] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٩ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

ففى حالة وجود اتفاقا على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم " – تضمنه شرط التحكيم ، أو مشارطته** – على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية ، فإن مثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءات ، أو التدابير – **تماما كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه** – شريطة التمسك بالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة .**

فلا يرفض القاضى المستعجل المختص أصلا بإصدارها الطلب المقدم إليه إلا إذا تمسك الطرف الآخر بالإتفاق على التحكيم ، وما تضمنه من شرط اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل فى طلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية .

ولايستثنى من ذلك ، إلا حالة الضرورة ، والتى تتمثل فى وجود مبررات قوية تقتضى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بعد إبرام الإتفاق على التحكيم ، وقبل اكتمال هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع [١] .

ومنع القضاء المستعجل المختص أصلا باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية يستلزم وجود اتفاقا على ذلك . إذ أنه لما كان التحكيم طريقا إستثنائيا ، للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإنه لايجوز التوسع فى تفسير شرط التحكيم ، أو مشارطته . فإذا لم يتضمن الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ص ١٥٦ .

سلطة الفصل فى طلبات اتخاذ هـذه لإجـراءات ، أو التدابـير الوقتيـة ، و التحفظية ، فإن الأمر يظل فى يد القضاء المستعجل المختص أصلا بإصداهـا وفقا لنص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **سـواء قبـل** ، أو **أثناء إجراءات خصومة التحكيم** - بل ويحسن أن تتم صياغة شرط التحكيـم أو مشارطته بشكل واضح ، لايثير اللبس ، أو يتضمن غموضا .

فالإتفاق على إحالة جميع المنازعات التى يمكـن أن تنشـأ بيـن الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تفسير العقد ، أو تنفيـذه قـد يثير صعوبات فى التطبيق . إذ أن المتبادر إلى الذهن هو إنصراف ذلك إلـى المنازعات المتعلقة بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعـى ، محـل الإتفاق على التحكيم . ومع ذلك ، تظل إمكانية الجدل قائمة حول مدلول لفـظ " **جميع ، أو كل المنازعات** " ، وأن هذا الإطلاق لايوجد مايخصصه ، ممـا يسمح بإمكانية القول بشموله للمنازعات الموضوعية المتعلقة بأصل الحـق أو المركز القانونى الموضوعى ، محل الإتفاق على التحكيم ، أو المتعلقة بطلـب اتخاذ لإجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية . ويتوقف الأمر على فحـص الملابسات ، والظروف المحيطة ، والتى يمكن الإستدلال منها على مااتجـهت إليه إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " ، ويكـون الأمر على جانب كبير من الأهمية ، لأنه يحدد نطاق مهمة هيئـة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيـم ، والتـى يعـد تجاوزها سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ [١] .

وإذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئـة التحكيـم بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئـة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظـر المنازعـات

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٩٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ .
هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، والمتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانوني وضعى خاص ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق على التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إليها ، سواء بالنص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، أو عدم اختصاصها .
ذلك أنه قد يحدث غالبا أن يكون شرط التحكيم المدرج فى أحد العقود - للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - عاما ، لايشير صراحة إلى المنازعات المستعجلة . فهل مثل هذا الشرط يسرى أيضا على الدعاوى القضائية المستعجلة - كدعاوى إثبات الحالة مثلا ؟ . وبمعنى آخر ، هل يمتد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، ام مشارطة " - والمتمثل فى استنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم - شرطا

كان ، أم مشارطة - لايمتد عندئذ إلى المسائل المستعجلة ، ويظـل القضـاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عرض النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، مـن قبـل الأطـراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ؟ .

يتنازع هذه المسألة أتجاهان ، وهما :

الإتجاه الأول :

اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ن ام مشارطة - يدخل فى اختصـاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع الـنزاع محل الإتفاق على التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - **شـرطا كـان ، أم مشارطة** - لايمنع من نظر الدعوى القضائيـة المسـتعجلة أمـام القضـاء المستعجل - **كإثبات الحالة مثلا** - أو إصدار أوامر مؤقتة ، أو تحفظيـة - **كالأمر بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، أو سماع شـهادة شـاهدا مشرفا على الموت** ، أو الرحيل - أو غير ذلك من إجـراءات ، أو تدابـير يكون لها طابع التأقيت ، أو التحفظ ، إلا إذا اتفـق الأطـراف المحتكمـون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة فى شرط التحكيـم ، أو مشـارطته على أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم تختص وحدها بنظر هذه المسائل ، فيكون من الواجب عندئذ إحـترام هذا الإتفاق [١] ، على اعتبار أنها إجراء ، أو تدبيرا وقتيا مستعجلا صرفـا ويجرى على نفقة صاحبه .

---

[١] مع ملاحظة أن القضاء الفرنسى يجيز اختصاص القضاء المستعجل ، ولو وجد نصا صريحا فى شـرط التحكيم ، أو مشارطته يجرى على غير ذلك ، إذا وجدت أمورا يخشى عليها من فوات الوقت ، وليس من

فالإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو بتنفيذه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى موضوع الإتفاق على التحكيم أيضا .

كما أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - **لاينفى اختصاص** القضاء المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه** [1] .

وبمعنى آخر ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - **لاينزع عن القضاء العام فى الدولة كامل ولايته بالمسائل محل هذا الإتفاق . فهو لايحجب عن القضاء العام فى الدولة إلا النزاع الموضوعى محل هذا الإتفاق . وأثره المانع يقتصر على الحيلولة دون القضاء العام فى الدولة ومباشرة الحماية القضائية الموضوعية ، بإصدار أحكاما قضائية موضوعية تفصل فى موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم .**

فتظل للقضاء العام فى الدولة سلطة مباشرة الحماية القضائية المستعجلة وإصدار أحكاما قضائية وقتية ، تحمى الحقوق ، والمراكز القانونية

الميسور على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فيها على الفور ، أنظر :

Cass . Civ . 21 Juin . 1904 . S . 1906 . 1 . 22 ; G . COUCHEZ : Note sous Cass . Civ . 9Juillet . 1979 . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; Cass . Civ . 17 Juillet . 1972 . Buill . Civ . 1 . N . 546 . Paris . 20Janv . 1988 . J . D . I . 1989 . p . 1032

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - المقالة المشار إليها - بند ٥ ص ١٢ .

الموضوعية مؤقتا ، للوقت الازم لكى تباشر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم نشاطها ، وتصدر حكما تحكيميـا فـى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم - **شـرطا كـان ، أم مشارطة** [١] .

فاتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بشأن المسـائل التـى تخضع للإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان ، أم مشـارطة** - يدخـل فـى اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع الـنزاع محل الإتفاق على التحكيم [٢] . **وهذا هو الرأى الراجـح فقـها** [٣] ، **وقضاء** [٤] ، إستنادا إلى مايلى :

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - طبعة سنة ١٩٩٢ - بنـد ٣/٤٠٢ ص ٧٨ - الهامش رقم (١٩) ،

(٢) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـة - ١٩٩٤ - ص ٣٦٨ ، ٩٢٢

(٣) أنظر :

Dalloz Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. T. 1. 1947. N. 57 et s ; Repertoire De Droit Commercial. Arbitrage commercial. T. 1. 1972. N. 233 ; Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. 1977. T. 11. Compromis. Clause compromissoire. N. 220 ; JEAN – VINCENT : Procedure civile. Dix – Neuvieme edition. 1978. Dalloz. P. 1044. N. 813 ; JEAN – VINCENT, GABRIEL MONTAGNIER, ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions. Deuxieme edition. 1988. Dalloz. P. 870. N. 13571 ; G. COUCHEZ : Refere et arbitrage. Rev. Arb. 1986. P. 155 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile. Arbitrage. Droit interne. T. 1. 1988. N. 177 et.

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجاريـة - بنـد ٤٦٢ ص ٦٣١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعـة الأسكندرية - السنة السادسة - العـددان الأول ، والثـانى - ١٩٥٢/ ١٩٥٤ - بنـد ٥ ص ١٢ ،

التحكيم بالقضاء ، وبالصلح — ص ١١٤ ، عقد التحكيم ، وإجراءاته — الطبعة الأولى — ١٩٧٤ — منشأة المعارف بالأسكندرية — بند ٤٨ ص ١٤١ ، المرافعات المدنية ، والتجارية — الطبعة الرابعة عشرة — ١٩٨٦ — منشأة المعارف بالأسكندرية — ص ٧٥٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى — الطبعة الخامسة — ١٩٨٨ — منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد كمال عبد العزيز — تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه — الطبعة الثانية — ١٩٧٨ — ص ٧٤٨ ، محمد شوقى شاهين — الشركات المختلطة " طبيعتها ، وأحكامها " — بند ٣٢١ ص ٨٩ ، عز الدين الدناصورى ، حامدعكاز — التعليق على نصوص قانون المرافعات — الطبعة الثالثة — ١٩٨٥ — طبعة نادى القضاة بالقاهرة — ص ١٨ ، محمد عبد اللطيف — القضاء المستعجل — ص ١٧ ، مصطفى مجدى هرجة — أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى — ١٩٨٦ — دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية — بند ٣٧٦ ص ٨٥٣ ، أحمد ماهر زغلول — مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها — طبعة سنة ١٩٩٢ — بند ٣/٤٢ ص ٧٨ — الهامش رقم (١٩) ، فتحى والى — الوسيط فى قانون القضاء المدنى — ١٩٩٣ — بند ٤٤٧ ص ٩٢٢ ، أحمد السيد صاوى — الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية — ١٩٩٤ — ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ ، عاطف محمد راشد الفقى — التحكيم فى المنازعات البحرية — الرسالة المشار إليها — ص ٢٤١ ومابعدها ، على سالم إبراهيم — ولاية القضاء على التحكيم — الرسالة المشار إليها — ص ١٩٠ .

(٤) و هذه هى القاعدة المعتمدة فى القضاء الفرنسى ، أنظر :

Trib. Com. Nantes. 10 Fevr. 1932. Rec. Gaz. Pal. 1932. 1. 553;. Com. Aix. 6AVR. 1949. Rec. Com. Le Havre. 1950. 2. 17; 3 Juillet. 1951. R. T. D. C. 1952. 99. Obs: HEBRAUD; Civ. 2e. 4 Dec. 1953. D. 1954. 108; Com. 4 Nov. 1959. G. P. 1960. 1. 191; Trib. Grand. Inst. Seine. 20 Dec. 1962. d. 1963. 108; 29 Mai. 1978. Rev. Arb. 1979. 221. Note: RUBELLIN - DEVICHI; Trib. Gr. Inst. Paris. 3 Janv. 1984. Rev. Arb. 1984. 329. Note: BERNARD.

وانظر أيضا : حكم محكمة مصر للأمور المستعجلة — الصادر فى ١٩٥١/١٢/٥ — المحاماه المصرية — ٣٤ ص ٨٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد السيد صاوى — الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية — ١٩٩٣ — دار النهضة العربية بالقاهرة — ص ٣٦٨ — الهامش رقم (٤) . وانظر كذلك أحكام القضاء المقارن ، و المشار إليها فى : محمد عبد اللطيف — القضاء المستعجل — ص ١٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز — التعليق على نصوص قانون المرافعات — الطبعة الثالثة — ١٩٨٥ — طبعة نادى القضاة بالقاهرة — ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة — أحكام

السبب الأول :

الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايعدو أن يكون نقلا للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لايمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، فإن الأمر كذلك يكون بالنسبة لنظام التحكيم خصوصا ، وأن الحكم القضائى المستعجل الوقتى ليس له حجية أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند تحقيقه ، والفصل فيه [1] .

وتخويل الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، لاينفى فى ذاته إختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاينفى اختصاص قاضى التنفيذ المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع

، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - ص ٨٥٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٨ ص ١٣٥ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٥١ .

(1) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة - أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - بند ٣٧٦ ص ٨٥٣ .

الإتفاق على التحكيم – **كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه** ، مالم ينص المشرع الوضعى صراحة على غير ذلك [١] .

السبب الثانى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى الأقدر على تقدير مدى ملاءمة إتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية .

كما أنها تملك الفصل النهائى فى موضوع النزاع محل التحكيم . ومن باب أولى ، يمكنها إتخاذ إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، لاتمس هذا الموضوع . فضلا عمايحققه ذلك من الإقتصاد فى النفقات ، وتوفيرا فى الوقت ، وتوحيدا لجهة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

والسبب الثالث :

أن فلسفة نظام التحكيم تسمح بذلك ، فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اختاروا طريق التحكيم بإراداتهم ، وارتضوا به بديلا عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ومن ثم ، فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ماتتخذه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية .

---

(١) أنظر : سامية راشد – التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه لأحكام القانون المصرى – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٣٩(م) ص ١٥١٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – دراسة مقارنة – بند ٤٦ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٢ ص ١٠١ .

فضلا عن أن الذوق السليم يأبى أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم ، يستوجب اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظي عاجل ، لحفظ حقوق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ولأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر الخطر وعدم المساس بأصل الحق ، أو المركز القانوني الموضوعي . فإذا ماتوافر هذان الشرطان ، أصبح من واجب القضاء المستعجل أن يأمر باتخاذ مايراه من تدابير ، أو إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، تكون لازمة للمحافظة على حقوق ، ومراكز الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الموضوعية .

الإتجاه الثاني :

الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " – ومتى توافرت شروطه طبقا لنصوص القانون الوضعي المنظمة للتحكيم – يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به – سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أ تدابير وقتية ، أو تحفظية – إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحة على العدول عن التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة " – ومتى توافرت شروطه طبقا لنصوص القانون الوضعي المنظمة للتحكيم** – يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به – **سواء كانت عن الموضوع ، أم كانت بخصوص إجراءات** ، أو تدابير وقتية ، **أو تحفظية** – إلا إذا اتفق الأطراف

المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة على العدول عن التحكيم [١] .

فيترتب على الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إلتزام الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " باتباع طريق التحكيم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز أن ترفع الدعوى القضائية عن هذا النزاع أمام القضاء العام فى الدولة . وللأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم إذا مارفعت عليهم الدعوى القضائية عن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام القضاء العام فى الدولة أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم .

فلايجوز لأحد الأطراف المحتكمين - **ومع وجود الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم ، بحجة توافر

---

(١) أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile . 1955 . T . 111 . P . 709 . N . 33 ; ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire . 1937 . Bruxelles . N . 109 . P . 66 ; H . GAUDEMENT – TALLON : Note sous Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . P . 646 et 647 ; E . LOQUIN : J . CI . Proc . CIV . Fasc . 1034 . N . 23 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 30 . P 256 .

وانظر أيضا :

Orleans . 16 Juin . 1983 . J . C. P . 1984 . 11 . 20130 . Note : N . S ; Cass . Civ . 14 Mars . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 69 ; Paris . 22 Oct . 1985 . D . 1986 . IR . 66 ; Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . 633 .

وانظر أيضا : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السادسة - بند ٥٠ ص ١٠٠ ومابعدها ، نبيل إسماعيل عمر - المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤/٨١ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

الإستعجال . ويمكن قبول دعوى إثبات الحالة مع وجود شرط التحكيم ، إذا قبل الخصم ذلك . أما إذا دفع بعدم قبولها ، وتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى الحكم بعدم قبولها [١]

وهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتختص وحدها بالفصل فى الطلبات الوقتية ، أوالتحفظية بعد تشكيلها إلا فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن ينطوى الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه على سلطة الجبر ، ويرفض الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " ، أو الغير الذى اتخذ ضده الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى تنفيذه طواعية .

والحالة الثانية :

أن يكون الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه سيتم إتخاذه فى دولة غير الدولة التى تجلس فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو لم ينطو الإجراء ، أو التدبيرالمطلوب اتخاذه على سلطة الجبر [٢] .

ويستند أنصار هذا الإتجاه فى ذلك إلى العديد من الأسانيد ، أذكر منها :

السند الأول :

أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - إذا كان يؤدى إلى خروج النزاع الموضوعى من الإختصاص الوظيفى للقضاء العادى ، فإن

---

[١] أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ - الهامش رقم (٢) .

[٢] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

شقه المستعجل هو الآخر يخرج من اختصاص القضاء المستعجل ، بحسبانه جزء من جهة القضاء العادى ، والفرع يتبع الأصل [١] .

ويكون الأمر كذلك ، إلا إذا قبل الأطراف الآخرون فى الإتفاق على التحكيم – **ومع وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته** – الإلتجاء إلى القضاء العادى للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بحجة توافر الإستعجال [٢] .

والسند الثانى :

هناك بعض العقبات المادية ، والقانونية تحول دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** واتخاذ مثل هذه الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، وتبرر الإبقاء على سلطة القضاء المستعجل فى هذا الشأن . **وهذه العقبات هى :**

العقبة الأولى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – لاتعقد جلساتها بصورة دائمة ، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة ، أو متباعدة . ومن ثم ، قد يجد من الأحداث مايبرر اتخاذ إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، أو تحفظيا فى غير أوقات انعقادها ،

---

(١) أنظر : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة – ص ١٠٠ ومابعدها ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٨ .

(٢) أنظر : إستئناف مختلط – ١٩٣٣/١/٤ – الجازيت – ١٠فبراير سنة ١٩١٣ – ص ٦٢ – رقم (٧٨) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٦ – الهامش رقم (٢) .

ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية ، لاتخاذ الإجــــراء ، أو التدبــير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه .

العقبة الثانية :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تلتزم قبل إصدار أية قرار بسماع أقوال الخصوم بشأن القرار ، أو الإجــراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المزمع اتخاذه ، مما لايتوافق فى كثـير مـن الأحيان مع طبيعة الإجراءات ، والتدابـير الوقتيـة ، أوالتحفظيـة ، والتـى لايكفى لاتخاذها توافر عنصر السرعة ، وإنما تحتاج أحيانـا إلـى عنصـر المفاجأة ، وانتظار إعلان الخصم الآخر ، وسماع أقواله قد يضيع الفرصـة من اتخاذ الإجراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخـاذه ، وقـد يعطى للخصم سيئ النية الفرصة لتعطيل اتخاذه .

العقبة الثالثة :

أن الأصل الإتفاقى لمهمة هيئة التحكيم المكلفـة بـالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يقيد كثيرا مـن سلطاتها . وبصفة خاصة ، تجاه الغير ، والذى لايجبر على المشـاركة فـى إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية تعد غريبة عليـه ، وهـو مـايجعل سلطات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية عديمـة الأثـر مـن الناحية العملية .

والعقبة الرابعة :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن كانت تملك سلطة القضـاء فـى الـنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، إلا أنها لاتملك سلطة تنفيـذ حكـم التحكيـم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **سواء كان صـادرا**

فى الموضوع ، أم كان صادرا فى شأن إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى – مما سيدفع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـم** " فـى النهاية للإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار أمر بتنفيذ الأحكـام الصادرة من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، بشأن الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية ، فيكون مـن الأفضل الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة منذ البداية .

الحل المختار :

نرى أنه إذا نص فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـارطة** - صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعيـة ، والمنازعـات المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط . بل إنه وحتـى فـى حالة الإتفاق الصريح على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن ام مشارطة** - بنظر المسـائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقـت ، فـإن القضـاء المسـتعجل يختص بنظر تلك المنازعات ، إذا كان ليس من الميسور على هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم أن تفصـل علـى الفور فيها ، لسبب يتصل بتشكيلها مثلا ، أو لأى سبب جدى آخر .

ونرى كذلك سريان الحكم المتقدم فى حالة منع اتفاق الأطـراف المحتكمـون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إختصاص القاضى المستعجل بنظر المسـائل المستعجلة . بمعنى ، أن هذا المنـع لاينفـى عندئـذ إختصـاص القـاضى المستعجل باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا كان هناك خطرا داهما لايجدى لتفاديـه الإلتجاء إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم ، أو لم يكن من الميسور الإلتجاء إليها ، باعتبار أن نظـام القضـاء المستعجل هو من الضمانات الجوهرية لحماية مصالح المواطنين ، والمتعلقـة

بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها .

ونرى كذلك أن الإتفاق على لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء كان النزاع على أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى مرفوعا أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يكن قد رفع إليها بعد .

ذلك أنه قد يحدث عملا أن يثار النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أى من أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات . وقد يتطلب الأمر إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل ، لإثبات حالة الشئ محل النزاع ، أو فرض حراسة قضائية عليه ، تلافيا لأضرار محدقة به . وعندئذ ، يكون القضاء المستعجل مختصا باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، والتى يلزم اتخاذها على وجه السرعة ، طالما أنها لاتمس أصل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتؤثر على قضاء المحاكم فيه .

كما أن الأحكام القضائية المتعلقة بهذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية تعتبر من قبيل الأحكام القضائية الوقتية ، ولاحجية لها عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى تختص هيئة التحكيم المختارة من قبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فيه وحدها .

نظام التحكيم هو طريقا خاصا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات ، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع

الإتفاق على التحكيم هم الذين يختـــارون قضاتـــهم ، بـــدلا مـــن الإعتماد على التنظيم القضائى للبلد الذى يقيمون فيه [١] :

نظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات :

نظام التحكيم ينشأ عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وهذه الإرادة هى التى تخلقه ، وهـــى قوام وجـــوده ، وبدونـــها لايتصور أن يخلق ، أو يكون . إلا أن هذه الإرادة لاتكفى وحدهـــا ، وإنمـــا يتعين أن تقر النظم القانونيـــة الوضعيـــة - وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها ، واتجاهاتها - إتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " على اختيار نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى منازعاتـــهم " **الحالـــة ، القائمـــة والمحددة لحظة إبرام الإتفاق علـــى التحكيـــم** " **مشـــارطة التحكيـــم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيـــم** " بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامـــة والإختصاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيـــا كـــان موضوعها - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

---

[١] **أنظر : أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بنـد ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، **محمد محمود إبراهيم** - أصول التنفيذ الجبرى على ضـــوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥ ، **عادل محمد خير** - مقدمة فى قـانون التحكيم المصرى - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢ ص ٢٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - المجموعة - ٢٢ - ١٧٩ ، ١٩٧٦/١/٦ - المجموعـــة ٢٧ - ١٣٨ ، ١٩٧٨/٢/١٥ - المجموعة ٢٩ - ٤٧٢ ، ١٩٨١/٣/٢٦ - الطعن رقـــم (٦٩٨) - لســـنة (٤٧) ق ، ١٩٨٢/٣/٩ - س (٣٣) - العدد الأول - ص ٢٨٦ ، ١٩٨٨/١١/٢٠ - فى الطعـــن رقم (١٠٤٣) - لسنة (٥٥) ق ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعـــن رقـــم (٧٤٠) - لســـنة (٥٢) ق - س (٤) - الجزء الثانى - ص ٣٠١ ، جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ - فى الطعن رقم (٢٥٦٨) - لسنة (٥٦) ق ، ١٩٩٢/٧/١٣ - فى الطعن رقم (٢٢٦٧) - لسنة (٥٤) ق .

فإذا إذا لم تنص النظم القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** -على جواز التجاء الأفراد ، **والجماعات على** اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيم "** ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها - إلا** ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وجواز تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ماكانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بكافية لخلقه . فالأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - تقر نظام التحكيم كطريق خاص للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، **والجماعات** ، وتنظم قواعده ، وإجراءاته ، إحتراما لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذى تتطلبه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - إلتزم** الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فيفرض عليهم ، كما يفرض عندئذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عليهم ، وينتهى أثر إراداتهم عند هذا الحد .

فالعبرة أن تكشف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن رغبتهم فى النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة

صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، للفصل فى منازعاتهم ، واختيار نظام التحكيم عندئذ بديلا ، للفصل فيها ، بأحكام تحكيم ، تكون ملزمة لهم .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تستمد سلطاتها فى الفصل فيه من الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - وهى جهة قضاء خاص ، نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - ونظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات :

الإرادة الأولى :

إرادة النظام القانونى الوضعى .

الإرادة الثانية :

إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والإرادة الثالثة :

إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وإذا افتقر نظام التحكيم إلى أى من هذه الإرادات ، فإننا لانكون عندئذ بصدد نظام التحكيم (١) .

وتعمل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اطار إرادة النظام القانونى الوضعى ، وهذه الإرادة تظل ساكنة إلى أن تحركها إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والتى تدور فى

---

(١) فى بيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى " التحكيم الإجبارى " ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ومابعدها .

فلكها ، ولاتحيد عنها ، والتى تتجلى فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** – وفى الإتفاق على نوع التحكيم ، وفى اختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتحديد نطاق سلطاتها ، والإجراءات المتبعة أمامها ، ومكان التحكيم [١] ، ثم إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تعمل فى اطار الإرادتين السابقتين ، بقصد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [٢] .

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم :

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم ، وهى التى ينظمها القانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ويبدأ هذا التحكيم بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الفصل فى النزاع الذى نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " أو النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل " **شرط التحكيم** " ، عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئة غير قضائية " **هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " ، دون المحكمة

---

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٠ ، إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٤ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢ .

[٢] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٨ ص ٢٢ ، إبراهيم نجيب سعد – أحكام المحكمين – رسالة باريس – ١٩٦٩ – ص ص ٣٣٨ – ٣٤٦ – بند ٢٣١ ، وجدى راغب فهمى – التنفيذ القضائى – ١٩٩٥ – ص ١٣١ .

المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يبرم هذا العقد بصدد نزاع معين ، نشأ بالفعل لحظة إبرامه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ : **مشارطة التحكيم Le compromis** ، أو يبرم تبعا لعقد آخر ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ : **شرط التحكيم La clause compromissoire** [1] .

فلايعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - إلا باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ذلك ، خلاف نظام التحكيم الإجبارى - **كنظام التحكيم الذى كان منصوصا عليه فى قانون القطاع العام المصرى ، والذى صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ فى شأن شركات قطاع الأعمال العام بالغائه ، بما تضمنه من نصوص التحكيم الإجبارى التى كانت واردة فيه .**

---

(١) فى دراسة قواعد ، وأحكام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد منشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٢٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٣٧ ومابعدها .

ويخضع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - في وجوده ، وفى قيامه صحيحا [١] لقانون البلد الذى تم فيه [٢] .

فالإتفاق على التحكيم هو :

اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى كل ، أو بعض المنازعات التى نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كانت ، أو غير عقدية - " شرط التحكيم " .

بمعنى أن الإتفاق على التحكيم قد يأتى فى إحدى صورتين . وهما :

الصورة الأولى :

مشارطة التحكيم Le compromis :

وتكون باتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **- والذين نشأ بالفعل نزاعا بينهم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم -** بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه [٣]

---

(١) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥ ، سلمية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة

والصورة الثانية :

شرط التحكيم La clause compromissoire :

ويكون الإتفاق عليه كبند من بنود عقد معين ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بشأن الفصل في نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه (١) **فالإتفاق على التحكيم قد يرد في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية - سواء كان عقدا مدنيا ، أم تجاريا ، أم إداريا - فيتفق طرفا العقد على أن** مايمكن أن ينشأ بينهم في المستقبل من منازعات بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** - وعندئذ ، يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل

للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢٨ ص ٧٧ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨ ص ٧٤ ، عبد الحميد المنشاوي - التحكيم الدولي ، والداخلي - ص ٢٧ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٣ .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٣ ، وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للتنفيذ القضائي - ١٩٧٣ - ص ١٣٢ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم - ص ٢٩ ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ص ٢٩ ، قواعد التنفيذ الجبري ، وإجراءاته - ط٢ - ١٩٩١ - بند ١٠٩ ص ٢١٤ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠ ص ٧٩ ، عبد الحميد المنشاوي - التحكيم الدولي ، والداخلي - ص ٢٧ ، ٢٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٣ .

بمناسبة تفسير العقد الذى تضمنه ، أو تنفيذه ، فلا يرد على نزاع معيـــن [١] . وقد لايتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " علـــى التحكيم فى العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، ولكن وبعد قيام الـــنزاع بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا ، للفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل مـن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية [٢] .

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلـــى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – ولايؤثر ذلك فـــى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشـــأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم " :

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بيـــن أطرافـــه – مصـــدر **الرابطة القانونية** – على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون

---

(١) فى دراسة تفصيلية لشرط التحكيم ، أنظر :

BEAUREGARD (JACQUES) : **De la clause compromissoire . These . Paris . 1911 ; CHARLES REFPRT : Les diffcultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 . sur la clause compromissoire . Paris . 1929 ; GRECH (GASTON) : Precis de l'arbitrage. Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales . 1964 ; HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 ; MOREL (R .) : La clause compromissoire commmercial . L. G. D. J . Paris . 1950 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Renne . 1985 .**

وانظر أيضا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – مقالة منشـــورة فى مجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس – يونيـــة – ١٩٨٤ – ص ١٩٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلـــى – ١٩٩٥ – منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية – ص ٢٨ .

مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئـــذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولكن كـــون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محـــددة فهى لم تنشأ بعد لحظة الإتفاق على التحكيم (١) .

ذلك أنه - **وإن كان فى الغالب من الأحوال** - أن يرد شرط التحكيم فى نفـس العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقـــدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم . إذ قد يكون شرط التحكيـــم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بيـــن أطرافـــه - **مصـــدر الرابطـــة القانونية** - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليـــه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " (٢) .

وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بيـــن أطرافـــه - **مصـــدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريـــا بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدوليـــة ، باعتبـــار أن الغالبيـــة العظمى من قضايا التحكيم - **وخاصة فى المجال الدولى** - تنشأ استنادا إلـــى شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (٣) .

---

(١) أنظر : عبد الحميد المنشاوى - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤ .

(٣) أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠١ .

إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - والذى تضمنه :

رغم ورود شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، فهو تصرفا قانونيا مستقلا ، وقائما بذاته ، **وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية** . ومن ثم ، فإنه قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمن هذا الشرط ، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم - **كما لو كان العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - قد أبرم بواسطة شخص ، كان وقت إبرامه ناقصا الأهلية** . ولايؤدى بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - إلى التأثير على شرط التحكيم . فطالما أن شرط التحكيم قد استكمل شروط صحته الخاصة به ، فإنه يكون صحيحا قانونا ، وينتج كافة آثاره القانونية ، رغم ماأصاب العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - من عوارض . خاصة ، مع إمكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين أطرافه لقانون وضعى يختلف عن القانون الوضعى الذى يخضع له موضوع العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** . فيعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايترتب على بطلان العقد - **مصدر الرابطة القانونية** - أو فسخه ، أو إنهائه أثرا على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته [١]

---

[١] فى دراسة مصير شرط التحكيم الذى تضمنه العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - لسبب أدى إلى بطلانه ، أو فسخه ، أو إنهائه ، أنظر :

KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international . Revue critique de Droit international prive . 1961 . P . 499 et s ; FOUCHARD (PHILIPPE) : L'arbitrage commercial international . P. 69 et s ; ROBERT (JEAN)

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونية ، ويكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة النظر فى أية منازعات يمكن أن تنشأ عن بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية [1] .

وقد كرست المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، بنصها على أنه :

" يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولايترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " .

فى حين لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيا وضعيا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، ولكنها كرست فى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، والتى تنص على أنه :

: Arbitrage civil et commercial en Droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 . P. 134 et s .

وانظر أيضا : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٨ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ص ٤٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٢٨ .

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ .

" إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطـــاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيـــم ، أو حدود اختصاصه " [١] .

ويستند جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى النص القانونى الوضعـــى المتقدم للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عــن العقــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** ، **والذى يتضمنــه** - من الناحية العملية . إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى بطـــلان ، أو صحـــة العقــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنـــه ، فإن هذا يعنى أن شرط التحكيم بوصفه اتفاقا على التحكيم ، يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة** - ومن ثم ، يكون متمتعا بالإستقلالية [٢] .

ولكن جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقـــارن قـــد رأى - **وبحـــق** - الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عــن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة** - والـــذى تضمنه . ومن ثم ، فالأكثر قبولا عندئذ هو القول بأن مبدأ إســـتقلال شـــرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونيـــة** - والذى تضمنه يعد من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام التحكيم ، ســواء على الصعيد الوطنى ، أم على الصعيد الدولى فى فرنسا ، حيث أن القضـــاء

---

(١) وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، سواء كان مصدر هـــذه الســـلطة شرطا للتحكيم ، يكون وارد فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، كانت قد أبرمت بصفـــة مســـتقلة بمناسبة نزاع ما

(٢) أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial . P.134 .

الفرنسى قد كرسه فى قضايا التحكيم التجارى الدولى علـــى نحــو قــاطع ، وبشكل متواتر ، مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا فى التحكيـــم الداخلـــى الفرنسى ، بدلا من محاولة التعسف فى تفسير النصوص القانونية الوضعيـــة الفرنسية ، وتحميلها أكثر مما تحتمله [1] .

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القـــانون الوضعـى المقارن :

أولا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى الفرنسى :

الحديث عن جزاء الإخلال بشرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى . أى ، الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف مجموعة المرافعات الفرنسية الســابقة مـــن هـــذه المسألة ، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن مجموعة المرافعات الفرنسية فـــى ظل أحكام المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مـــايو ســنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، لاختـــلاف طبيعة الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شـــرط التحكيـــم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـــم فـــى المجموعتين .

(أ) - الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شـرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضـــوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٥٠ .

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . بمعنى ، أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم - **كنظام قانونى للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص** - وهو يمهد لإبرام عقد آخر ، هو مشارطة التحكيم .

بحيث أن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد - **وفى الحالات التى يجوز فيها التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، عن طريق هذه الصورة من صورتى الإتفاق على التحكيم " الشرط ، والمشارطة "** - لايعفى أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام **مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم** (١) .

وقد ثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلى المبرم بين **أطراف شرط التحكيم - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - فى إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ . فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم ؟ . وهل يكون الرد على ذلك بالإيجاب ؟ . فيكون شرط التحكيم عملا إراديا

---

(١) فى بيان مدى التزام أطراف شرط التحكيم بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . P . 72 et s ; Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 50 et s , N . 85 et s ; Dalloz . Encyclopedie Juridique . N . 38 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , p . 201et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 56 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 205 et s , N . 225 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . N . 813 . P . 1043 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , p . 180 et s .

يتضمن الوعد بالتحكيم ، ويترتب على رفض أحد أطراف شرط التحكيم إبرام مشارطة مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، ألا يكون للأطراف الآخرين فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - سوى مطالبته بالتعويض عما لحق بهم من أضرار ، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم ؟ . أم أنه يمكن تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذا عينيا ؟ .

بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ، إما قضاء ، على أساس تنفيذ الإلتزام عينا ، فيقوم القاضى العام فى الدولة الفرنسية بمهمة إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو رضاء فيمتثل الطرف الآخر لإجراءات تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، ويقوم عندئذ بالمساهمة فى تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيا ، عن طريق إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، هو الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم [١] . وقد أيدت هذا الرأى بعض أحكام القضاء الفرنسى [٢] .

---

[١] أنظر :

WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 27 ed . G . I . 1 et s ; CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . 1926 . 1 . P . 181 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . L . G . D . J . 1965 . p . 259 . N . 39 .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت مسلكا آخر مؤداه : " أنـــه يحـــق للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلـــب منـــه تعيين هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع شـــرط التحكيـــم ، والذى نشأ بالفعل عن تفسير العقد ، أو تنفيذه – والمتضمن شرط التحكيـــم – فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفـــاق علـــى التحكيـــم حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، وينفذ جـــبرا . بمعنى ، أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم علـــى إبـــرام مشـــارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـــم ، لايـــؤدى إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية هيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم . فإذا تضمن العقد التجارى شرطا للتحكيم ، فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالإلتجـــاء إلـــى نظـــام التحكيـــم للفصل فى المنازعات التى يثيرها هذا العقد . ومن ثم ، يلتزم أطرافه بعـــدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصـــلا بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها ، ويجب عليهم عرضها على هيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل فيها . والخلاف الذى قد يثور بيـــن أطـــراف العقـــد التجـــارى – والمتضمن شرطا للتحكيم – ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . فإذا اختلـــف أطـــراف العقـــد التجارى – والمتضمن شرطا للتحكيم – حول تسمية أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فإنه يجوز لأى منـــهم أن يطلب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع شـــرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، الأمر بإلزام خصمـــهم بالمشـــاركة فـــى

---

[٢] أنظر:

Paris . 10 Juillet . 1928 . S . 1930 . 2 . 5 ; La cour de Marsielle commerciale . 2 Fev . 1927 . cite par JEAN – ROBERT : op . cit . , N . 37 .

تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بإجراء هذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية ، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض . والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايجيز لأى طرف فى العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - التنصل منه ، ونقضه - بإرادته المنفردة ، ووفقا لمشيئته وحده - لأن تعليق خضوع النزاع موضوع شرط التحكيم - والذى نشأ فعلا - للتحكيم على محض مشيئة أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - يجعله وهميا ، وعديم الأثر . فلايجوز لأحد أطراف العقد التجارى - والذى تضمن شرطا للتحكيم - الإدعاء باختصاص المحكمة التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث يتناقض هذا المسلك مع شرط التحكيم المدرج فيه . فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك ، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التى رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم به ، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع ، والذى يتضمن الإدعاء بعدم إختصاصها بتحقيق هذا النزاع ، والفصل فى موضوعه " [١] .

وهكذا ، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه . فالوعد بالتحكيم هو : مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى وهو تنفيذا يفرضه قرار القاضى العام فى الدولة على الخصم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا . وبذلك ، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة

---

[١] أنظر :

Cass . Com . 27 Fevrier . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . 1 . 678 .

فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، الإلتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه – لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم – إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم خلال مدة معينة ، دون حاجة لصدور حكم قضائى ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى .

وقد صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – فى الباب الأول : إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم – **شأنه شأن مشارطة التحكيم** – قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى النزاع – **المحتمل ، وغير المحدد** – موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – قد أوضح استقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " . بحيث يمكن لأطراف العقد التجارى الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ مستقبلا عن تفسيره أو تنفيذه فى المستقبل – **وعند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم** – الإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة .

بل ويظهر إستقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو

سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم . والفصل الثانى منه لمشارطة التحكيم ، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته ، وجعلهما على قدم المساواة ، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم بالإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة [١] .

ثانيا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المصرى :

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى [٢] . ومن ثم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية الازمة لصحة العقد الموعود به " **مشارطة التحكيم** " .

---

(١) فى بيان طبيعة شرط التحكيم فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا ، أنظر :

G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P. 583 et s ; **J . ROBERT et B . MOREAU** : op . cit. , N . 57 et s ; **RUBELLIN – DEVICHI** : Jueis - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 1et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 98 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 225 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . N . 149 et s .

والوعد بالتعاقد هو : اتفاقا يتم بتوافق إرادتين . بموجبه ، يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل ، إذا أظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، فيتقيد الواعد بهذا الإتفاق ، دون أن يتقيد الموعود له بشئ [(١)] .

وتنص المادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن **الوعد بالتعاقد هو** : عقدا كاملا يتم بإيجاب ، وقبول . ولذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة الازمة لأى عقد من العقود ، ولكن نظرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد ، دون الموعود له ، فإنه يجب أن تتوافر فى الواعد الأهلية الازمة لإبرام العقد النهائى . أما الموعود له ، فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضا . ولذلك ، يكفى أن يكون مميزا

---

(٢) فى دراسة طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣١ ، ٣٢ ص ٨١ ومابعدها .

(١) **فى دراسة أحكام الوعد بالتعاقد " تعريفه ، شروطه ، وآثاره " ، أنظر : عبد الودود يحي - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٦ ومايليه ص ٤٨ ومابعدها .**

ولايشترط أن تتوافر فيه الأهلية الازمة لإبرام العقد الموعود به ، إلا وقت إبرام العقد النهائى [1] .

وحين تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم - **كنظام قانونى** . فإرادة الأفراد والجماعات فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم تظهر منذ البداية فى العقد التجارى ، أو فى العقد المدنى ، والذى يرد به شرط التحكيم ، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - التزاما بإبرام مشارطة التحكيم التى تتضمن موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، عن العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فيه ، فى حدود طلبات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ووفقا للقواعد ، والإجراءات التى تكون الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - قد قررتها بخصوص نظام التحكيم ، مالم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إعفاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من

---

(١) أنظر : عبد الودود يحى - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - بند ٣٧ ص ٤٨ ، ٤٩ .

الخضوع لها ، إلا مايتعلق منها بالنظام العام **L'ordre public** في القانون الوضعي المقارن ، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وعلى ضوء ماتقدم ، فقد عرف جانب من فقه القانون الوضعي المقارن [١] شرط التحكيم بأنه : " **الوعد بالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عن العقد الذى تضمن هذا الوعد** " . وبمعنى آخر ، **فإن شرط التحكيم هو :** مجرد وعدا بالتحكيم ، لأنه ولئن ألزم الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فإن هذا التحكيم لايقوم إلا بإبرامهم مشارط التحكيم فى المستقبل ، والتى يحدد فيها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم - **مصدار الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - ويتم فيها تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . إذ لايتصور قيام تحكيم فى نزاع لم ينشأ بعد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . كما لايتصور تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل نشأة أية نزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، قد يقع ، وقد لايقع . وإذا وقع ، فقد يكون ذلك بعد فترة طويلة ، يكون فيها أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد وافتهم - **كلهم ، أو بعضهم** - المنية ، أو أصابهم عارضا ، أفقدهم صلاحيتهم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على

---

[١] أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 10 , 27 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار ليها - بند ٩ ومايليه ص ١٥٨

التحكيم . ومن ثم ، فإنه لايمكن عند إدراج شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - سوى الوعد بالتحكيم [١] .

ويجد تعريف فقه القانون الوضعى المقارن المتقدم ذكره لشرط التحكيم سنده القانونى فيما قضت به المادة (١/١٠١) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها** " . فهو الحال فى شرط المدرج فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - حيث يعد كل **طرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الأطراف المحتكمين الآخرين " أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فيما يثور بينهم من منازعات ، قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - أو تنفيذه فى المستقبل . لذلك يصح القول بأن شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - يعتبر عقدا بمعنى الكلمة يمهد لإبرام عقد آخر ، وهو مشارطة التحكيم .

ويستوى فى التحليل المتقدم أن يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - أو فى اتفاق مستقل عنه ، ففى الحالتين يتميز شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - عن مشارطة التحكيم - **كعقد موعود به** . إذ بينما يتضمن الأول " **شرط التحكيم** " وعدا من كل من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " للأطراف المحتكمين

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٠ ص ١٥٩ .

الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " بإخضاع نزاع قد ينشأ بينهم في المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - لنظام التحكيم ، فإن الثانى " **مشارطة التحكيم** " يتضمن التزام أطرافه المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بإخضاع نزاع نشأ فعلا بينهم لنظام التحكيم ، فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

ويثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - في إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع المحتمل ، وغير المحدد في المستقبل بينهم ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه ، **فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ؟ .**

إذا كان الرد على ذلك بالإيجاب ، فإن النظر إلى شرط التحكيم - **وباعتباره عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم** - يقتضى القول بأنه إذا رفض أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - فلايكون للأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " سوى مطالبته بالتعويض ، عما أصابهم من أضرار ، بسبب إخلاله بشرط التحكيم . ويتبنى على ذلك القول ، أن عدم موافقة أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - يعني عدم خروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في

موضوعه ، واقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم " **الطرف فـــي الإتفاق على التحكيم** " بالتعويض عن إخلاله عندئذ بشرط التحكيم .

ووفقا للرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى المصرى ، فإن شرط التحكيـــم المدرج فى عقد من العقود – **وأيا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بـــالتحكيم – ليس مجرد التزاما بعمل** ، لايتخلف عن الإخلال بـــه ســـوى التعويـــض ، **وإنما يجب النظر** إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضه القـــاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـــم** " **المماطل فرضا** ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا ، إستنادا إلى ماقضت به المـــادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيـذ الوعد ، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشـــكل متوافرة قام الحكم ، متى حاز قوة الشيئ المقضى به مقام العقد** " .

فمفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن حكم القاضى العام فـــى الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوى الشأن فى تنفيذ الوعد بالتعاقد ، متـــى حصل هذا الحكم القضائى على قوة الأمر المقضى [١] .

ويرى جانب من فقـــه القـــانون الوضعـــى المصـــرى [٢] أن قـــانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ – **وفـــى نصـــوص التحكيم الملغاه بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة " المـــواد (٥٠١) – (٥١٣)** " – لم يعالج قصور نص المادة (١٠٢) مـــن القـــانون المدنـــى المصرى . وخاصة ، بالنسبة لمسألة رفض أحد أطراف العقد الأصلى المبرم

---

(١) أنظر : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٢ ص ١٦٣ ، بند ٣٦ ص ٢١٧ .

(٢) أنظر : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ٢١٧ ومابعدها .

بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - إبـــرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـم ، أو عدم مشاركته فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع شرط التحكيم ، وحلول القاضى العام في الدولة ، والمختص أصـــلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعـــه - لـــو لـــم **يوجد اتفاقا على التحكيم** - محل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه .

إذ كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعـــات المصـــرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قـــانون التحكيـــم المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة** - تنص على أنه :

" **يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق علـــى التحكيـــم ، أو فـــى اتفاق مستقل** " ، مما كان يثير التساؤل عن الحل الواجب الإتباع ، فيما لو لم يحصل هذا التعيين ، لاختلاف الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " حول أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع شرط التحكيم .

فضلا عن أن المشرع الوضعى المصرى وفى نص المادة (٣/٥٠٢) مـــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقـــم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ - **والملغـــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لم يكن يبين جزاء على مخالفـــة الإلـــتزام الوارد فيها .

ومن جانبنا ، نرى أن الموقف الذى سبق أن انتهجته **محكمـــة النقـــض الفرنسية** فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا مـــن الرأى السائد فقه القانون الوضعى فى مصر من مسألة مدى حريـــة أطـــراف العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** ، والمتضمن شرط التحكيم - فـــى

إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بمناسبة تفسير العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شـــرط التحكيم** - لاتفاق الحل الذى تبنته مع طبيعة نظام التحكيم - **كوسيلة مرنـــة فعالة ، وسريعة للفصل فى المنازعات** - وهذه الطبيعة لاتتفق مـــع إمكانيـــة حصول الطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع علـــى هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم على حكم قضـــائى ، مـــن القضاء العام فى الدولة ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ، ومايكتنف ذلـــك من صعوبات ، تتعلق بإجراءات التقاضى العام فى الدولة ، ومايستلزم ذلـــك من وقت طويل نسبي ، مما لايحقق الغرض المقصود من التجـــاء الأفـــراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، وهو سرعة الفصل فى منازعاتهم ، وتفـــادى الإلتجاء إلى إجراءات التقاضى العادية ، والتى قد تستغرق وقتـــا طويـــلا . ولأجل ذلك ، ولتفادى مايواجه الطرف صاحب المصلحة فى عرض الـــنزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شـــرط التحكيـــم مـــن صعوبة فى الحصول على حكم قضائى ، من القضاء العام فى الدولة ، يكـــون حائز لقوة الأمر المقضى ، لما يستغرقه ذلك من وقت قد يطول فـــى بعـــض الأحيان .

وكذلك ، معالجة قصور المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، فقـــد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بنص يسمح باتباع الحـــل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسى - **والمنوه عنه من قبل** . ونتيجة لذلـــك ، فقد خولت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلـــهم ، أو بعضـــهم** - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفـــرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، بحيث ينفذ فرضا .

والخلاف الذى قد يثور بين أطراف شرط التحكيم ، ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . بحيث إذا اختلف أطراف شرط التحكيم حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع شرط التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلى . ولرئيس محكمة استئناف القاهرة - **مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص رئيس محكمة استئناف أخرى فى مصر** - فى حالة التحكيم التجارى الدولى " **المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " (١) الأمر بإلزام خصمه بالمشاركة فى هذا التعيين ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بهذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية .

فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض (٢) .

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

(٢) فى بيان طبيعة شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - وأيا كانت طبيعته - للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه فى القانون الوضعى

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته في مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية [١] ، [٢] :

(أ) :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته في مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

أولا – نطاق صحة شرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي :

المصرى ، والفرنسى المقارن ، وجزاء الإخلال به ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ومايليه ص ٨١ ومابعدها .

(١) في دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) ويخضع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – في وجوده ، وفي قيامه صحيحا لقانون البلد الذى تم فيه أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/١/٩ – في الطعن رقم (٤٥٣) – لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ – في الطعن رقم (٧١٤) – لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين في : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ – في الهامش .

بطلان شرط التحكيم ، لاستحالة تحديد موضوع النزاع فيه وفقا لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كانت المادة (١٠٠٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد اقتصرت على جواز التحكيم بمشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، ولم تتحدث عن شرط التحكيم - جوازا ، أو بطلانا - الأمر الذى أدى إلى نشأة جدل فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء فى فرنسا حول صحة هذا الشرط . حيث كان التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يجد أساسه عموما فى المادة (١٠٠٣) منها ، والتى كانت تنص على أنه :

" يجوز للأفراد الإلتجاء إلى التحكيم فى جميع الحقوق التى يتمتعون بحرية التصرف فيها " .

بيد أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كانت قد قيدت النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم بما قضت به من أنه :

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين ، وإلا وقعت باطلة " . ومعنى ذلك ، أنه ولئن جاز للأفراد وللجماعات الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ فعلا بينهم ، حيث يمكن تعيينه ، وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه فى الإتفاق المعروف بمشارطة التحكيم ، فإنه لايجوز الإتفاق مقدما فى عقد من العقود - وأيا كانت طبيعته - على الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه فى المستقبل عن طريق نظام التحكيم - دون

ففقه القانون الوضعى الفرنسى كان قد استلزم ضرورة توافر العناصر التى اقتضتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لصحة الإتفاق على التحكيم . **ألا وهى** : أن ينصب على نزاع معين ، وقائما فعلا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، وليس نزاعا محتملا الوقوع فى المستقبل ، وأن تتم تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأشخاصهم فى الإتفاق على التحكيم . ونظرا لأن شرط التحكيم ينشئ التزاما بعمل على عاتق أطرافه ، فإنه لايمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ ماالتزم به ، واختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم مستقبلا - **وعند نشأته بين أطراف شرط التحكيم** - عملا بنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وإن كان هناك من رد على ذلك بأن هذا الإلتزام يمكن إحترامه ، وتنفيذه عن طريق اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة (١) .

فبعد أن كان القضاء الفرنسى قد استقر على جواز شرط التحكيم حتى أوائل القرن التاسع عشر (٢) ، (٣) مستندا فى ذلك لمبدأ حرية الإتفاقات ، واعتبار

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage . ed . 1967 . N . 36 et s .

(٢) أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . p . 11 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 184 ; Juris – classeur . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010 . 9 . 1984 . N. 24 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N. 11 . p. 22 .

وانظر أيضا :

Cass . civ . 3 Aout . 1836 . 1 . 437 ; Lyon . 25 Mars . 1840 . S . 1841 . 2 . 342 ; Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1863 . . 246 ; Nancy . 2 Juin . 1842 . S . 2 . 303 ; Agens . 1 er Juin . 1843 . S . 1843 . 2 . 398 .

المادة (١٠١٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تطبيقا لهذا المبدأ عاد وعدل عن موقفه هذا إلى بطلان شرط التحكيم ، ورفض الإعتراف بصحته ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها ، والصادر فى (١٠) يوليو سنة ١٨٤٣ [١] ، على أساس أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد استلزمت تحديد موضع النزاع ، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه فى مشارطة التحكيم ، وإلا وقعت باطلة ، ولايمكن - **فى رأى القضاء الفرنسى** - تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم ، لتعلقه بما قد ينشأ مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة من منازعات ، سواء تعلقت بتفسير العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - أم تنفيذه .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يعد استثناء من القواعد العامة ، لأنه يتضمن مخالفة لقواعد آمرة ، وهى قواعد الولاية والإختصاص القضائى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتى لاتجوز مخالفتها أصلا ، إلا إذا أجاز ذلك صراة القانون الوضعى الفرنسى . ولهذا كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير هذا الإستثناء ، والوقوف به عند الحالة التى حددتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة

---

(٣) وقد ساير القضاء الفرنسى القضاء البلجيكى فى إجازة شرط التحكيم ، وفى اعتبار أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتمثل عقبة أمام شرعية شرط التحكيم ، باعتباره وعدا بالإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينطبق حكم المادة المذكورة . من هذا القضاء البلجيكى ، أنظر
Bruxelles , 11 Fev . 1833 ; Cass Belge . 8 Juin . 1849 ; Cass Belge . 4 Dec . 1879 . cites par : BERNARD , op . cit . , N . 155 . p . 91 ; Cass . Belge . 17 Fev . 1888 . D . P . 1889 . 2 . 168 .

(١) أنظر :
Cass . civ . 10 Juillet . 1843 . 1 . 343 . S . 1843 . 1 . 651 . Note : DEVILLENEUVE .

بالإضافة إلى أن شرط التحكيم لايخلوا من الإعتساف . وبصفة خاصة ، فى العقود التى لايتكافأ فيها الطرفان المتعاقدان – كعقود الإذعان **contrats d'adhesion** ، حيث يصبح شرط التحكيم شديد الخطر ، متى استطاع الطرف القوى فرضه على الطرف الضعيف ، عند إبرام العقود ، واحتمال قسوة الطرف القوى ، والتى قد تصل إلى حد منع الطرف الضعيف من الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

واستمر هذا الرأى سائدا فى القضاء الفرنسى لمدة طويلة ، سواء لدى محكمة النقض الفرنسية [٢] ، أو لدى المحاكم الأخرى الفرنسية ، والتى سلكت نفس المسلك [٣] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . N . 18 . P . 19 – 20 . N. 34 . P. 66 ; MOTULSKY (H .) : La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 . P. 13 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , P . 21 , 28 , 44 , 129 , 148 , 201 ; PERROT ROGER : Institutions judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris . N. 55 .

(٢) أنظر :

Cass . civ , 2 Dec 1844 . S . 1845 , 1 , 79 ; Req . 20 Nov . 1854 , D . P . 1s855 , 1 , 233 ; Cass . req , 15 Juill , 1879 , 1 , 364 ; Cass . req , 22 Mars , 1880 , S , 1 181 , 1 , 10 ; Cass . req , 28 Juin , 1889 , 1 , 331 ; Cass . civ , 26 Juill , 1893 , S , 1894 , 1 , 215 ; Cass . req , 8 Dec . 1914 ; Cass . req . 20 Avr , 1931 , S , 1931 , 245 .

(٣) أنظر :

Paris , 5 Juill , 1894 , S , 1896 , 2 , 210 ; Lyon , 5 Janv . 1906 , D. P . 1906 , 5 . 57 ; Rennes , 5 Nov . 1912 , D. P. 1913 , 2 , 127 ; Rennes , 27 Oct . 1933 . S . 1934 , 2 , 71 ; Aix . 13 Oct . 1949 . Gaz . Pal . 1949 , 2 , table , voire arbitrage , N. 1 , P. 13 .

إنتقاد مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

إنتقد جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، استنادا إلى أن شرط التحكيم لايعد اتفاقا على التحكيم ، حتى يجب أن يكون موضوعه محددا ، وإنما يعتبر وعدا بالتحكيم يلتزم أطرافه بإبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - مصدر الرابطة القانونية ، الذى تضمن شرط التحكيم .

فضلا عن أنه - وبعد الحرب العالمية الأولى - قد شاع شرط التحكيم فى المعاملات التجارية . خاصة ، ماكان منها ذا صفة دولية ، وتأذى التجار الفرنسيون من الحكم الذى يقضى ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، حيث شعروا أنهم فى مركز أدنى من مركز التجار الأجانب الذين يتعاقدون معهم [1] .

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 3e ed . 1859 . N . 11 ; WHAL : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 1927 . ed . G . I . P . 3 . N .16 ; J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . clunet . 1933 . P . 845 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 . N . 154 ; R . MOREL : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 . N. 718 . P. 547 ; la clause compromissoire en matiere commercial . Rev . crit . de . legis et de la Juris . 1926 . P . 487 ; G . HAMONI : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P. 19 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 1967 . Dalloz . 4e ed . P . 22 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , P . 17 et s .

إذ لما كانت معظم التشريعات الأجنبية تجيز أن يدرج الأفراد ، والجماعات شروطا للتحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية والذى يتضمن شرط التحكيم** - عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **بعكس المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - فإن التجار الأجانب استطاعوا أن يفرضوا على التجار الفرنسيين شروطا للتحكيم . والتى بموجبها ، تخضع المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقود المبرمة معهم لنظام التحكيم خارج فرنسا ، دون أن يستطيع التجار الفرنسيون فرض أسلوب المعاملة بالمثل ، لبطلان شرط التحكيم فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

ولقد قررت أحكام القضاء الفرنسى أن بطلان شرط التحكيم - **وعلى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، أى أن القاضى الفرنسى لايستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه . ويصحح هذا البطلان قيام الأطراف المحتكمون " **أطراف شرط التحكيم عندئذ** " بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع وضوع شرط التحكيم ، بالإتفاق فيما بينهم [1] . كما يزول هذا البطلان إذا تم تنفيذ هذا شرط التحكيم اختيارا ، أو تم قبوله بعد قيام النزاع موضوع شرط التحكيم [1] .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٨١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٧٣ ومايليه ص ٦٩ ومابعدها .

(١) أنظر :

Cass . civ . 26 Juillet , 1893 , D. P . 1894 . 1 – 61 . S . 1894 . 1 . 215 ; Req . 21 Juin . 1904 . D. P . 1906 . 1 . 395 . S . 1906 . 1 . 22 ; Req . 8 Decembre . 1914 , D. P . 1916 . 1 . 194 ; Req . 8 Janv . 1924 . S . 1924 . 1 . 315 ; Req . 20Avr . 1931 . S . 1931 . 1 . 245 . J . C . P . 1947 . IV . 127 .

إعتراف فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ :

بعد الحرب العالمية الأولى - **وعلى أثر ازدهار المعاملات التجارية الدولية** - إعترفت فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ - **والتى أجازت شرط التحكيم فى المعاملات الدولية** (١) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم بطلان شرط التحكيم ، إذا كانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعى أجنبى ، معتبرة بذلك أن البطلان الناشئ عن مخالفة نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ليس من النظام العام الدولى (٢) .

إجازة شرط التحكيم فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ :

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٤ - الهامش رقم (٣) .

(١) أنظر :

Cass . com . 13 Nov . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 130 . Note : FOUCHARD ; Cass . civ. 10 Octobre. 1978. Rev. Arb. 1979. 352. Note : B . M . J . C . P. 1980 . 11 . 19390 . Note : GALLE ; Paris. 15 Maris . 1979 . Rev. Arb. 1979 . 501. Note : COURTEAULD .

(٢) أنظر :

Cass . req . 21 Juin . 1904 . precite ; Cass . req . 8 Dec . 1914 . precite ; Cass . civ . 4 Janv . 1931 . D . P. 1920 . 1 . 53 .

فى تطور لاحق ، لاحظ المشرع الوضعى الفرنسى الأهمية العملية لشرط التحكيم فى معاملات التجارة الوطنية ، من خلال ماجرى عليه القضاء التجارى الفرنسى من تدعيم وشائج أحكامه الوطنية ، بالقواعد الخاصة بأحكام التحكيم الصادرة فى منازعات التجارة الدولية ، والمسبوقة بشرط التحكيم ، وأراد المشرع الوضعى الفرنسى إختصار الطريق أمام التجار الفرنسيين ، فأجاز لهم شرط التحكيم ، والذى يمهد لهم الإلتجاء إلى التحكيم مباشرة ، فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، دون حاجة للعروج على ساحات المحاكم التجارية ، بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية :

" **يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق** " ، وهذه المنازعات هى :

(١) **- المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .**

(٢) **- المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .**

(٣) **- المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد** [1] **.**

---

(١) أنظر :

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925. lois nouvelles. P. 181et s; **JEAN ROBERT** : Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive. 4e ed. 1967. Dalloz. N. 101 et s. P. 133 et s; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op. cit., N. 42. P. 73 et s; Repertoire de Droit civile. 2e ed. T. 111. 1987. N. 73 et s.

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ومايليه ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ومايليه ص ٥٥٩ ومابعدها .

فهذا التشريع الوضعي الفرنسي الخاص - **والذى صدر فى فرنسا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥** - قد قرر للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية . ونتيجة لذلك ، فقد ظهرت مع الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية إمكانية الإعتراف بشرط التحكيم . والذى مؤداه ، الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - **كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** .

دراسة منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هى :

أولا - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار [١] :

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 9 et s ; Repertoire de Droit civil . 2e ed . T. 111 . 1987 . N. 78 et s ; Rep . de .

يقصد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلـــة بين التجار :

المنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهـــو مـــايلزم أن يكـــون النزاع بين تاجرين ، وأن يكون متعلقا بأعمال تجارية أصليـــة ، أو أعمـــال تجارية بالتبعية الشخصية . بمعنى ، أنه يلزم لصحة شرط التحكيم أن يكـــون العقد مبرما بين تاجرين ، ومتعلقا بحياتهما التجارية . فإذا كان أحد الأطـــراف شخصا مدنيا ، والآخر تاجرا ، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد لايكـــون صحيحا . **والمثال النموذجى لذلك هو** : عقد النشر المبرم بيـــن دار للنشـــر والمؤلف . وكذلك ، عمليات البورصة المنفذة بواسطة غير التجار [1] .

ثانيا :

المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية [2] :

---

dr . comm . clause compromissoire . compromis . T . 1 . 1988 . N . 78 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 49 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

(١) أنظر :

HERVE - CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . P . 87 et s ; MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P. 96 et s ; Rep . de . comm . Arbitrage commerciale . T. 111 . 1988 . N . 44 et s ; Rep . de . dr . proc . civ . Arbitrage , Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 107 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N. 49 et s .

(٢) أنظر :

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P . 522 et s ; HAMONIC : L'arbitrage en Droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 17 et s ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 5e ed . 1983 . N. 101 .

يقصد بالشركة التجارية فى هذا الشأن :

ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها **selon son objet** وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **selon sa forme** والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **societe de commerce** . ويصح شرط التحكيم الوارد فى عقد شركة التجارية ، أو فى نظامها الأساسى ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء أو المساهمين . ومتى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة [1] .

ويقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن :

جميع المنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة ، سواء تعلقت بالعقد ذاته أم بتنفيذه ، أم تعلقت بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة . وكذا ، المنازعات المتعلقة ببطلان الشركة ، أو بطلان مداولات جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء

P . 134 ; Rep . de . dr . civ . 2e ed , T . 1 . 1977 . N. 26 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . P. 64 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ (ب) ص ١٧٥ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٩ص ٥٦١ ومابعدها .

(١) أنظر :

HAMONIC : op . cit . , P. 17 et s ; CHASSERY : De la clause compromissoire . P. 83 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 91 et s .

الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه مـــن أربـــاح صورية [1] .

وقد ثار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيـم فيمـا يتعلـق بالمنازعات التى تقتضى مباشرة الدعـاوى القضائيـة الفرديـة **actions ndividuelles** عن طريق المساهمين ؟ .

اتجهت أحكام القضاء الفرنسى - **وفى مجموعها** - إلى اعتبار بعض هـذه الدعاوى القضائية متعلقة بالنظام العام فـى القـانون الوضعـى الفرنسـى **d'ordre public** - **كدعـوى حـل الشـركة مثـلا action en disolution** - وهو مايقتضى مباشرتها أمام المحكمة المختصـة أصـلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [2] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسـى [3] أن اتجـاه أحكـام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضمن نظام الشركة شـرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله ، إذ لايعـدم المسـاهم

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N . 45 et s .

(٢) أنظر :

MOREL (R .) : La clause compromissoire . L G . D . J . Paris . N . 37 et s ; Rep . de . dr . comm . Arbitrage . 1972 . N . 25 ; **ROBERT (J .)** : Arbitrage civil et commercial . ed . 1983 . N . 117 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 48 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٥ .

(٣) أنظر :

LEVEL : Juris - Classeur . procedure . fasc . 170 . cah ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N . 49 .

وسيلة مباشرة حقوقه في الشركة ، وهو يجد هذه الوسيلة ، حيث يوجد شـرط التحكيم .

كما ثار التساؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة ، أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ .

أجيب على ذلك من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى بالإيجاب ، شـريطة مراعاة الإجراءات ، والقواعد المتعلقة بتعديل عقـد الشـركة ، أو نظامـها الأساسى (١) .

ثالثا :

المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بيـن جميـع الأشخاص (٢) :

نظر المشرع الوضعى الفرنسى نظرة موضوعية خالصة عنـد تقريـره لصحة شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميـع الأشخاص ، حيث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجـار أن يكـون موضوع العقد تجاريا خالصـا **exclusivement commerciale** . فشرط التحكيم يكون جائزا عندئذ ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالأعمـال ذات الطابع التجارى **a caractere commerciale** ، بغض النظر عـن صفة القائمين بها ، أى سواء كان المباشرون لتلك الأعمال تجارا ، أم غـير

---

(١) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٥/ب ص ١٧ .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire. P. 96 et s; Rep. de. dr. civ. 2e ed. T. 111. 1987. N. 78 et s; Rep. de. dr. comm. clause compromissoire. compromis. T. 1. 1988. N. 78 et s.

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـها – بنـد ١٨ ، ١٩ ص ١٧١ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليـها – بنـد ١٨٠ص ٥٦٤ ومابعدها .

تجار . ففى الفرض الأخير ، يصح شرط التحكيم متى ورد فى عقد معين بين شخصين غير تاجرين ، متى كان موضوع ذلك العقد **objet de contrat** عملا تجاريا **une acte commercialc** بالنسبة لهما فى آن واحد [١] .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تاجر ، وغير تاجر - **كعقد العمل الفردى الذى يبرم بين رب العمل التاجر والعامل** - حيث يعتبر تجاريا بالنسبة للأول ، ومدنيا بالنسبة للثانى . كما يبطل شرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تاجرين ، وكان موضوع العقد تجاريا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر - **كعقد بيع المحصولات الزراعية الذى يقع بين المزارع ، وشخص آخر غير تاجر إشتراها بغرض البيع ، وشراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد بالنسبة لكل منهما** [٢] .

لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما استنبطها فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن من الفرض الذى يسعى إليه التاجر من خلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف من ورائها أعمال تجارته .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 87 et s .

وانظر أيضا :

Rep . de . dr . civ . T . 11 . 2e ed . 1977 . N . 195 et s ; Rep . de . dr . comm . T. 1 . N . 81 et s ; Rep . de . proc . civ . Arbitrage . Droit interne . T. 1 . 1988 . N . 195 et s .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 96 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1988 . N. 78 ets .

وانظر كذلك الأمثلة العملية لهذا الفرض ، والمشار إليها فى : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٦ .

لذا ، فقد استقر فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن على أن تـأخذ فى حكمها الأحكام الواردة فى القانون التجارى ، لتبعيتها للعمـل التجـارى الأصلى ، استنادا إلى قاعدة " **الفرع يتبع الأصل** " [1] .

ويشترط لاعتبار هذه الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية مايلى :

الشرط الأول :

أن يباشر هذه الأعمال تاجرا :

فإذا لم يكن تاجرا ، فإن هذه الأعمال لاتعد تجارية ، بل تظـل أعمـالا مدنية .

والشرط الثانى :

أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

أما إذا كانت هذه الأعمال منقطعة الصلة بتجارته ، فإنها تظل مدنيـة . فإذا اشترى تاجر سيارة لاستخدامه الشخصى ، إعتبر هذا الشراء عملا مدنيـا . كذلك ، إذا اشترى أساسا لتأثيث منزله ، ظل العمل مدنيا .

أما إذا اشترى التاجر سيارة – **وهذا التصرف يعد فى جوهـره مـن قبيـل الأعمال المدنية** – وكان غرضه من شراء هذه السيارة هو استخدامها لنقـل البضائع الخاصة بتجارته ، فإن الشراء يعتبر من قبيـل الأعمـال التجاريـة بالتبعية للعمل التجارى . كذلك ، فإن شراء الأثاث يعد من قبيـل الأعمـال المدنية – **بحسب الأصل** . أما إذا تم الشراء بقصد استخدامه – أى **الأثـاث** – لاستقبال العملاء بالمحل التجارى للتاجر ، فإن الشراء ينقلـب إلـى عمـل تجارى بالتبعية .

---

[1] أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٦ .

ومن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فى الأعمال التجارية الأصلية **Les actes principaux** ، فإنه يجوز أيضا فى الأعمال التجارية بالتبعية **Les actes accessoires** .

ويلزم للقول بمشروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الذى تضمن هذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معا ، وهو مايحصل فى عقد البيع الذى يقع بين تاجر أثاث ، وتاجر آخر يشتريه لتأثيث محله التجارى . ففى مثل هذا الفرض ، يعتبر العمل تجاريا أصليا بالنسبة للبائع ، وتجاريا بالتبعية الشخصية بالنسبة للمشترى ، ولاشك فى صحة شرط التحكيم عند وروده بهذا العقد ، أو مايشابهه [1] .

وإذا كان شرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فى العقود لتسوية المنازعات التجارية - **سواء كانت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصية ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مثل هذا النوع من العقود** [٢] - فهل يجوز القول فى فرنسا بصحة شرط التحكيم ، متى كان موضوع العقد الذى ورد فيه تجاريا بالتبعية الموضوعية ؟ .

---

(١) أنظر : **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ١١٦ ومابعدها ، **محمد توفيق سعودى** - القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) فى بيان تطبيقات عديدة لإدراج شرط التحكيم فى عقد من العقود التجارية بالتبعية الشخصية ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 49 .

وانظر أيضا : **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٨ ص ١٧١ .

الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطاق القانون التجارى ، لأنها لاتعتمد على صفة القائم بالعمل ، وإنما تقوم على طبيعة العمل ذاته . فيعتبر العمل المدنى تجاريا ، متى كان لازما لعمل تجارى بطبيعته ، ولو كان القائم به غير تاجر [١] . ومثال ذلك ، حالة شراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد نقل هذه البضاعة إلى السوق ، حيث يعتبر عقد البيع تجاريا بالنسبة للمشترى غير التاجر ، كما يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بالتبعية الموضوعية بالنسبة له كذلك .

وبالرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية من يؤيدها فى فرنسا [٢] ، إلا أن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد ذهب إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم ، حيث يتعارض ذلك مع ضرورة تفسير نص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية تفسيرا ضيقا ، وهى تتحدث عن المنازعات المتعلقة بعقود التجار .

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم الذى يرد فى عقد النقل فى المثال المتقدم ذكره يعتبر باطلا ، لأن الشاحن غير تاجر . فإذا اشترى غير التاجر بضاعة لأجل البيع من شخص آخر غير تاجر ، كان قد اشتراها لأجل البيع أيضا فإن العقد يكون تجاريا بالنسبة لهما معا . ومن ثم ، يصح شرط التحكيم الوارد فى هذا العقد .

---

(١) أنظر :

LEON – CAEN (C . H) et RENAULT : **Traite de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 . P. 20 et s .**

(٢) أنظر :

LEON – CAEN RENAULT : **op . cit . , p . 201 ; THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commercial . 5e ed . 1916 . Paris . P. 58 .**

أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شرط التحكيم الذى يرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ، ومدنيا بالنسبة للشاحن [١] .

وهذا هو الحل الذى نعتقد أنه يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لنص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، حيث استوجبت أن يكون موضوع العقد تجاريا محضا ، باعتباره نصا قانونيا وضعيا خاصا يجيز شرط التحكيم - **كأصل عام** - فى المواد التجارية فى فرنسا [٢] .

وهناك أعمالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شرط التحكيم ، وهى الأعمال الناشئة عن أشباه العقود **quasi contrats** - **كالفضالة ، ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب** . وكذلك ، الأعمال الضارة ، متى كانت هذه الأعمال ، أو تلك متعلقة بحرفة تجارية ، ويبطل شرط التحكيم بشأن هذه الأعمال ، لأن المشرع الوضعى الفرنسى قد قيد مشروعية شرط التحكيم بالإتفاق عليه عند التعاقد ، حيث نصت الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية على أنه يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد **ou moment ou elles contractent** وهو مايفترض تعلق النزاع بالعقود ، وليس بأشباه العقود ، أو بالأفعال الضارة [٣] ، وهذا يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لمشروعية شرط التحكيم

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٩/أ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر : حسنى المصرى - القانون التجارى - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١٤٢ ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٨ ، ١٩ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

وللنصوص القانونية الوضعية الفرنسية المقررة لصحة شرط التحكيم في فرنسا .

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن السند الإذنى **Bille a ordre** ، والمحل التجارى **fonds de commerce** ، فإنه يمكن ملاحظة مايلى :

(١) :

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم :

فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضعى الفرنسى حول إعمال هذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعين عليه تجارا فيجوز لأى منهم الدفع بوجود شرط التحكيم ، إذا أقام أحدهم النزاع الناشئ عنه أمام المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه إذ الفرض أن جميع الموقعين عليه تجارا . ومن ثم ، يعتبر السند الإذنى عملا تجاريا بالنسبة لهم جميعا ، ويكون النزاع المذكور من بين المنازعات المنصوص عليها فى الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية .

(٢) :

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا :

فإن القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها قد تضمن قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لايجوز الإتفاق على مخالفتها . ولما كان ذلك ، وكان شرط التحكيم لايجوز فى القانون الوضعى الفرنسى إلا إذا تعلق بالحقوق التى يتمتع فيها الأفراد ، والجماعات بحرية التصرف ، أو التصالح عليها ، فإنه لايصح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال

التجارية ، أورهنها ، متى كان الغرض من هذا الشرط هو استبعاد هذا العقد أو ذاك من نطاق القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها

والحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها يمكن الأخذ بها فى مصر .

أما الحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى ، فلا يصلح الأخذ بها فى مصر ، حيث لايفرق القانون الوضعى المصرى بين صحة شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، وصحته فى المنازعات التجارية ، إذ يجوز هذا الشرط بالنسبة لهما معا [1] .

القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية -والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن :

المشرع الوضعى الفرنسى ، ومن خلال القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١)

[1] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

من المجموعة التجارية الفرنسية – **والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :**

" **يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق** " يكون – **ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم** – قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ، لأنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا فى الأصل ، لما كان هناك حاجة لإصدار تشريع وضعى فرنسى خاص ينص على صحة شرط التحكيم وجوازه بالنسبة للمسائل التجارية .

كما أن المشرع الوضعى الفرنسى قد عاد وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى – **قطعا للخلاف حول بطلان شرط التحكيم** – بمقتضى المادة (٢٠٦١) من المجموعة المدنية الفرنسية – **والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنسى** رقم (٧٢ – ٦٢٦) ، **والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** – والتى تنص على أنه :

" **بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا** " .

التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

لأن بطلان شرط التحكيم فى ظل مسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم كان بطلانا نسبيا غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ولاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما لابد أن يكون بناء على طلب ، يكون مقدما من أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف**

الإتفاق على التحكيم " ، ذوى المصلحة فى طلب البطلان [1] ، فإن الأطراف الفرنسيين كانوا يستطيعون أن يبرموا عقودا - سواء فى خارج فرنسا ، أو فى داخلها " عقود التجارة الدولية " - ويدرجوا فيها شروطا للتحكيم للفصل فى المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير هذه العقود ، أو تنفيذها ، والتى تحيل إلى قانون وضعى أجنبى يعترف بمشروعية شرط التحكيم .

بمعنى ، أن التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة - والتى كانت تقضى ببطلان شرط التحكيم - حيث اتجهت المحاكم التجارية فى فرنسا إلى استبعاد تطبيق نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة على عقود التجارة الدولية المبرمة فى فرنسا ، متى كانت هذه العقود قد تضمنت الإحالة إلى قانون وضعى أجنبى ، يعترف بمشروعية شرط التحكيم [2] .

إجازة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى ، فى ظل التيار القضائى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم فى فرنسا :

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage. ed. 1990. P. 22 et s .

(٢) أنظر :

Repertoire de droit commercial. N. 55 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART**: op. cit., P. 574 et s.

كانت المادة (٢٣٢) من المجموعة التجارية الفرنسية تنص على صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى [1] ، فى ظل التيــار القضــائى الفرنسى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم ، وعدم الإعتراف بصحتــه فى فرنسا ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمـها الشهير ، والذى أصدرته فى (٣٠) يوليو سنة ١٨٤٣ ، والذى كان قد أجـاز فقط الإتفاق الذى يبرمه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بعد نشأة النزاع ، بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيه ، عن طريق هيئــة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمــة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** .

إجازة المشرع الوضعى الفرنســى شــرط التحكيــم فــى بعــض المنازعات المدنية :

أجاز المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعــض المنازعــات المدنية - **كعقود العمل الجماعية** - حيث يجوز إدراج شــرط التحكيــم فــى اتفاقات العمل الجماعية ، تحسبا لقيام أى نزاع عمالى جماعى . حيث نصــت المادة (٥٢٥) من قانون العمل الفرنسى على أنه :

" **يجوز أن ينص اتفاق العمل الجماعى على إجراء تحكيمــى تعــاقدى وإعداد قائمة بالمحكمين بموجب اتفاق مشترك بين الأطراف** " .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن شرط التحكيــم يكــون عندئذ غير ملزم للأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى التحكيم ، عندمــا يثــور بينهم نزاعا عماليا جماعيا ، ولهم حرية الخضوع لــهذا الشــرط ، أو عــدم الخضوع له ، والقول بعكس هذا ، معناه جعل التحكيــم إجباريــا بموجــب الإتفاق . فإذا نشب نزاعا عماليا جماعيــا بيــن الأطــراف ذوى الشــأن ، واختاروا الخضوع لشرط التحكيم ، فإن كل ماهنالك أنهما يصبحون ملزميــن

---

(١) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire de droit . N . 71 et s .

باتباع الإجراء التحكيمى الإتفاقى ، حسب التسلسل المنصوص عليه فى شرط التحكيم ، ويكون عليهم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من القائمة التى سبق إعدادها من قبل فى الإتفاق المشترك (١) .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن ورود شرط التحكيم فى اتفاق العمل الجماعى يجعل الإلتجاء إلى نظام التحكيم واجبا ، إذا ثار نزاعا ينص عليه شرط التحكيم (٢) .

وقد أخذت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم بالرأى المتقدم ، حيث قررت أنه :

" الأطراف ملزمين بإحالة منازعاتهم على نظام التحكيم الذى ورد النص عليه تعاقديا " (٣) ، وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا (٤) . وتأسيسا على ذلك ، فإنه يجوز إنشاء إجراء تحكيمى إتفاقى ، مخالفا للتحكيم القانونى . حيث أجازت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تعيين أشخاصا عديدين للقيام بمهمة التحكيم ، بموجب الإتفاق الجماعى ، فى حين أن القانون الوضعى

---

(١) أنظر :

BRUNETH – GALLARD : Les rapports collectifs du travail . T . 11 . 2e ed . 1978 . N . 1175 . P . 541.

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى : الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر :

C . sup . arb . 19 Janv . 1978 . Dr . soc . 1978 . P .222 . Conci . M. MORISOT .

(٤) أنظر :

C . sup . arb . 3 Dec . 1971 . Dr . soc . 1972 . P . 454 . conci . FLECK .

الفرنسي - **وبخصوص التحكيم الإتفاقي - يقضي بتعيين محكما** واحدا [(١)].

ومع ذلك ، فقد قررت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم أن الأحكام المتعلقة بقرار التحكيم ، والطعن عليه لدى المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تظل خارج مجال النصوص التعاقدية ، وتبقى محكومة بالنصوص القانونية الوضعية الفرنسية فحسب [(٢)].

شرط التحكيم في العقود المختلطة [(٣)] :

يتم العمل التجاري بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمل تجاريا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا . على أن العمل قد يكون تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، كما لو اشترى تاجرا محصولا من مزارع ، أو باع التاجر سلعة للمستهلك . ففي

---

(١) أنظر :

A . BRUNET (H .) et GALLARD : op . cit . , P . 544 et s .

(٢) أنظر :

C . sup . arb . 28 Juin . 1973 . Dr . soc . 1974 . P . 532 . conci . **M . MORISOT** .

(٣) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbitrage . ed . 1961 . P . 143 et s ; **FOUCHARD (PH .)** : La clause compromissoire dans le contrat mixte . Rev . arb . 1971 . 1 . P . 1 et s ; **HERVE – CHASSERY** : La clause compromissoire . P .90 et s ; Rep . de . dr . civ . N. 197 ets .

وانظر أيضا : **محمد لبيب شنب** - الأعمال التجارية المختلطة ، ونظامها القانوني - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - السنة السادسة - يوليو - سنة ١٩٦٤ - العدد الثاني - ص ٢٤٦ ومابعدها ، **حسني المصري** - شرط التحكيم التجاري - المقالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٧١ ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨١ ومايليه ص ٥٧٠ ومابعدها .

مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، تسمى هذه الأعمال ، ومايماثلها بالأعمال المختلطة [1] .

ولاتقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة . فالتاجر الذى ينقل بضاعته فى سيارة وتتسبب السيارة فى إصابة شخص ، فإن مسئوليته عن أداء التعويض تعتبر تجارية بالتبعية . أما بالنسبة للمصاب ، فإن المطالبة بالتعويض تعتبر مدنية

ويتعلق بموضوع الأعمال المختلطة مسألتين :

المسألة الأولى :

الإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة .

والمسألة الثانية :

تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة .

وفيما يتعلق بالإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة :

فإنه يثبت بالنسبة للأعمال المختلطة للمحكمة المدنية ، أو المحكمة التجارية ، بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، تطبيقا للقاعدة العامة فى الإختصاص القضائى المحلى ، والتى تقضى بأن المدعى يجب أن يقيم دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . حيث تنص المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

"يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " [2] .

---

[1] فى دراسة النظام القانونى للأعمال المختلطة ، أنظر : **محمد لبيب شنب – الأعمال المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى – بند ١٥١ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .**

وبناء على ذلك ، فإنه إذا كان العمل المختلط مدنيا بالنسبة للمدعى عليه وجب على المدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية - **باعتبارها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .**

أما إذا كان العمل المختلط تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فقد استقر الرأى على أنه يجوز للمدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية - **بحسب اختياره - لأن القضاء التجارى يكون** قضاء استثنائيا ، غير مألوف بالنسبة للطرف المدنى ، ويجب أن يترك له الحق فى أن يختار بين هذا القضاء ، والقضاء المدنى صاحب الولاية العامة ، والإختصاص القضائى بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص [١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع ، وليس إلى المحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها . بمعنى ، أن القانون المدنى يطبق على الجانب المدنى من العملية ، حتى ولو كان النزاع معروضا على المحكمة التجارية ، كما يطبق القانون التجارى على الجانب التجارى منها . وعلى ذلك ، إذا رفع التاجر دعواه القضائية على المزارع ، مدعيا أنه لم يتسلم المحصول ، فإن عليه أن يثبت هذا الإدعاء بالكتابة ، متى كانت قيمة المحصول تزيد على مائة جنيه " **المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات**

---

(٢) أنظر : حسنى المصرى - القانون التجارى - بند ٣٦ ومايليه ص ١١٥ ومابعدها .

(١) أنظر : حسنى المصرى - الإشارة المتقدمة .

تكون من طبيعة مدنية . أما إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من المـزارع مدعيا فيها أنه قد قام بتسليم المحصول إلى التاجر ، وأنه لم يقتـــض الثمـــن فإن له الحق فى إثبات هذه الواقعة بكافة طـرق الإثبــات - كالشـــهادة ، أو القرائن - لأن العملية تكون بالنسبة للتاجر من طبيعة تجارية ، ومن المعلــوم أن الإثبات فى المسائل التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات ، سواء رفـع المزارع دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية ، أو أمام المحكمة التجارية [١]

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز إدراج شرط التحكيــم فــى العقــود المختلطة contrats mixtes [٢] ؟ .

فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمـــة فلاتجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلـــك " . وقـــد رفعت قيمة التصرف القانونى إلى هذا الحد " مائة جنيه " بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقـــم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، وكانت قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى المذكور عشرين جنيها فقط .

(١) أنظر :

EL - GOHARY MOHAMED FAHMY : L'arbitrage et les contrats a longe terme . These . Renne . 1982 . T . 1 , N . 113 et s . P .98 et s .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرســالة المشــار إليــها - بنــد ٢٨٢ ص ٥٧٠ ومابعدها .

(٢) فى استعراض الجدل فى فقه القانون الوضعى الفرنسى حول مدى جواز إدراج شرط التحكيـــم فى عقد مختلط ، أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans un contrat mixte . Rev . arb . P .3 et s ; **HAMEL et LAGARDE** : Droit commercial . T.1 . N. 71 ; **ROBERT (j .) et MOREAU (B .)** : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e ed . Dalloz . Paris . P. 65 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بنـــد ١٨٣ ، ١٨٤ ص ٥٧٢ ومابعدها

إتجه الرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن قصد المشرع الوضعى الفرنسى حينما شرع شرط التحكيم إنما كان ينصب على المنازعات الحاصلة بين التجار بشأن حياتهم التجارية ، وهو مايفترض أن يكون العقد بين تاجرين ، وأن يكون موضوعه تجاريا بالنسبة لهما معا (١) . فضلا عن أن المشرع الوضعى الفرنسى لو كان قد أجاز شرط التحكيم فى العقد المختلط - والذى قد يقع بين تاجر وغير تاجر - لكانت هذه الإجازة قد انقلبت وبالا على غير التاجر ، فى الأحوال التى يفرض فيها التاجر هذا الشرط على عميله غير التاجر ، وهو مايحدث عند إذعانه للتحكيم فى المنازعات المستقبلية ، المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، وبموجب، شرط التحكيم المطبوع فى العقد الأصلى (٢) .

وإذا كان شرط التحكيم - وفقا للرأى الراجح فى فرنسا - باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans une acte mixte . Rev . arb . 1971 . P . 1 et s ; L'arbitrage commercial international . N . 24 . P. 12 , 13 . N. 27 . P. 15 . N . 90 ; **HAMEL et LAGARD** : op . cit . , P . 130 ; **ROBERT (J .)** : Arbitrage . 3e ed . 1961 . P. 144 .

وانظر أيضا :

Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev . arb . 96 et La note; Bonreux . 20 Dec . 1960 . D . 1961 . 225 ; Cass . com . 2 Dec. 1964 . J . C. P . 1965 . 11 . 14041 . Note : P . L . D . 1965 . 412 .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 55 . P . 57 et s .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب - الأعمال المختلطة - نطاقها ، ونظامها القانونى - ص ٣ ومابعدها ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٧ ص .

إتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا [١] إلى القول بـأن بطـلان شـرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلـق بالنظـام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ويتقرر مراعـاة للمصلحـة المحضـة interet exclusif لغير التـاجر " **أى الطـرف المدنـى** " ، ولايسـتطيع الطرف الآخر - **والذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له** - أن يتمسك ببطـلان شرط التحكيم ، حيث يلتزم التاجر بمقتضى الشرط المذكور بالخضوع لنظـام التحكيم ، طالما لم يتمسك الطرف المدنى غير التاجر ببطلان شرط التحكيـم ويكون غير التاجر بالخيار بين الخضوع لنظام التحكيـم ، وإجراءاتـه ، أو عدم الخضوع له ، فيتمسك بشرط التحكيم فى الحالـة الأولـى ، ويتمسـك ببطلانه فى الحالة الثانية [٢] .

فإذا رفع التاجر النزاع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع شرط التحكيم ، كان للطرف المدنى أن يتمسك ببطلانه . أما إذا كان الطرف المدنى قد تمسك بشرط التحكيم - **سواء فى الدعوى القضائيـة المرفوعـة عليه ، أو فى الدعوى التى رفعها هو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع شرط التحكيم** - فليس لغير التاجر عندئذ أن يتمسك ببطـلان شرط التحكيم .

---

(١) أنظر :

Paris . 14 Mai , 1978 . Rev . arb . 1978 . 2 . 1 . Note : FOUCHARD ;
Paris . 13 Janv . 1981 . Rev . arb . 1982 . 66 . Note : MEZGER .

وانظر أيضا فى الأخذ بفكرة البطلان النسى لشرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة : أشرف عبـد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليـها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . N . 53 . P. 56

أما التاجر ، فإنه يخضع عندئذ لنظام التحكيم ، بمقتضى شرط التحكيم ولايجوز له التمسك ببطلانه [١] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية [٢] ، وبعض أحكام القضاء الفرنسي الأخرى [٣] قد قضت ببطلان شرط التحكيم في العقد المختلط ، سواء في مواجهة التاجر ، أو غير التاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم في العقود المختلطة .

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعي المقارن مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسي الأخرى ، في تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد في عقد مختلط تكون محل نظر ، لأن القضاء الفرنسي - **وقبل تدخل المشرع الوضعي الفرنسي ، وإجازته لشرط التحكيم في المواد التجارية** - كان قد استقر على أن بطلان شرط التحكيم في فرنسا هو بطلانا نسبيا ، استنادا إلى نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، والتي استوجبت تحديد موضوع النزاع ، وبيان أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة ، أي أن المادة (١٠٠٦) من

---

(١) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٣ ص ٥٧٤ .

(٢) أنظر :
Cass . com . 2 Decembre . 1964 . J. C. P. 1965 – 14041. Note : P. L. D. 1965. 412 ; Cass . com . 5Mai . 1982. Bull. 11. N. 9 ; Rev. arb. 1983. P. 75. Note : J. RUBELLIN – DEVICHI.

(٣) أنظر :
Trib . civ . Seine. 1er Avr , 1946 . D . 1946 . 353 ; Paris . 17 Dec . 1957. J. C. P . 1958 . 11 . 10778. Note : MOTULSKY ; Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev .arb . 1958 . 96 et la Note .

مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتتعلق بالنظــام العــام فــى القــانون الوضعى الفرنسى ، حيث كان من الجائز تصحيح البطلان الناجم عن عــدم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فى اتفاق لاحق ، أو بــالمثول أمامــهم وأنه من المستحيل أن تكتسب المادة (١٠٠٦) مــن مجموعــة المرافعــات الفرنسية السابقة طابع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لمجــرد أن شرط التحكيم قد أدرج فى عقد مختلط [١] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى - **وبحق** - عدم ملاءمــة بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن الهدف الــذى يرمــى إليه القائلون ببطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة إنما هو حماية غير التجار من قبول شروط تحكيم ، تحت ضغط التجار عليهم عند التعــاقد وقد لاتتجه ارادتهم حقيقة عن رضـــا ، واقتنــاع إلــى قبــول مثــل هــذه الشروط [٢] . خاصة ، وأن الممارسة العملية تكشف عــن إقبــال التجــار ، وغير التجار على إدراج شروط تحكيم فى معاملاتهم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، وازدياد خبرة غير التجار فى مجال التحكيــم - **سواء على المستوى الوطنى ، أم على المستوى الدولى** - ومــن احاطتــهم

---

(١) فى انتقاد مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى بتقرير البطـــلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظــام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 3. P. 58 et s.

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشـــار إليـــها - بنـــد ١٨٤ ص ٥٧٥ ومابعدها .

بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم فـى عقودهـم مـع التجـار وغيرهم [١] .

ومن ثم ، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين المنازعـات التجاريـة ، والمنازعـات المدنية ، فيما يتعلق بمشروعية شـرط التحكيـم . ذلـك أنـه إذا توافـرت الضمانات التشريعية التى تحمى حقوق الأفراد ، والجماعات عنـد التجائـهم لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـكل مـن أفـراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايكون هناك مانعا من إدراج شـروط التحكيم فى العقود المختلطة .

والأمر المؤكد أن شرط التحكيم قد أصبح أمرا يستعصى على الإنكار ، بـل إنه أصبح الأمر الأكثر شيوعا فى الواقع العملى فى مختلف العقـود المدنيـة والتجارية على حد سواء ، فى كافة الأنظمة القانونيـة الوضعيـة – وعلـى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها [٢] . فشرط التحكيم قد احتل مكانة بارزة فـى التجارة الدولية ، نظرا لشيوعه فى المعاملات . وخاصة ، الدولية منها .

---

(١) وقد قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى (١٩) يونية سـنة ١٩٧٠ أن شـرط التحكيـم لايشكل مخالفة للنظام العام الدولى ، إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدنى ، مع التجـارى " أى عقدا من العقود المختلطة " ، أنظر :

Paris , 19 Juin . 1970 . Rev . arb . 1972 . P. 671 . J . C . P . 1971 . 16927 . Note : GOLDMAN .

وانظر أيضا فى قصر بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة على التحكيم الداخلـى ، وعـدم تطبيـق ماانتهى إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة : **أشـرف عبـد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليـها – ص ١٤٥ .

(٢) أنظر : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة – ص ٨٥ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فلى العلاقات الدولية الخاصة – ص ١٤٥ .

بالتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عن مشروعية شرط التحكيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسي ، إذ أنه – **وبصدد الفصل فى مسألة الإختصاص القضائى** – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، أم للقضاء العام فى الدولة . فضلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، حيث لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها . فما دام اختيار الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة أو المستقبلية ، وغير المحددة** – لايتعارض مع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم . وحسنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة** – أى سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية .

لأجل ذلك ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصوص المنظمة للتحكيم ، يقرربموجبه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما ، أى إجازة شرط التحكيم فى جميع المنازعات ، سواء ماكان منها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى – **على غرار النظام القانونى الوضعى المصرى** – ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والإزدياد نحو

إدراج شروط التحكيم فى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سواء . وإن كان المشرع الوضعى الفرنسى قد توسع فى إجازة التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بالرغم من طبيعتها المدنية ، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه فى الماضى فى فرنسا ، وهو أن الأصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هو إجازته ولكن تبدلت القاعدة ، بحيث صار الأصل هو إجازة شرط التحكيم والإستثناء هو الحظر [1] .

ثانيا :

نطاق صحة مشارطة التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها :

" الإتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم ، للفصل فيه بواسطة شخص ، أو أكثر من اختيارهم " . وقد أجاز القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبرام مشارطات تحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، مادام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة - عقدية كانت ، أم غير عقدية .

---

[1] أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ٥٥٨ ، بند ١٨٤ ص ٥٧٦ .

(ب) :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

عرف القانون الوضعى المصرى التحكيم بصورتيه " **شرط التحكيم ومشارطته " المادتان (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** [1] " ، فقد كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة . حيث تنص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية** " .

فالتحكيم يكون جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما - **سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لمسايرة تطور الممارسة العملية ، والتزايد

---

[1] فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٩٣ ومابعدها .

نحو إدراج شروط للتحكيم فى جميع العقود التى تبرم بين الأفراد والجماعات - **سواء كانت عقودا مدنية ، أم تجارية ، أم مختلطة " وطنية ، أم دولية " ، أم إدارية .**

الخلاف الفقهى حول الطبيعة القانونية للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارط :

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتخذ فى العمل إحدى صورتين " **شرطا للتحكيم ، أو مشارطته** " ، **أى سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإنه قد ثار الخلاف طبيعته القانونية ، بين اتجاه يسلم بطبيعته العقدية . وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية ، ولكل منهما من الحجج والأسانيد التى يستند إليها فى تأييد وجهة النظر التى يتبناها .

الإتجاه الأول :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية [1] :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ماهو إلا عقدا إجرائيا ، له طبيعة إجرائية ، نظرا لتأثيره المباشر

---

(1) فى تأييد جانب من فقه القانون الوضعى الإيطالى للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٤٤ ص ٩١٣ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - بند ٣١ ص ٨٩ - الهامش رقم (٢) ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠ ، ٣١ .

فى الخصومة القضائية ، وإجراءات التقاضى ، فهو يرتب آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها :

الأثر الإيجابى :

ويتمثل فى التزام أطرافه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه للفصل فيه - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه

والأثر السلبى :

ويتمثل فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه :

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

كما أن الإتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع محل التحكيم - **والتى تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بخصوص النزاع محل التحكيم ، والفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، ويقوم بديلا عن حكم القضاء العام فى الدولة [١] .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم عادة ماينظم خصومة التحكيم فى كثير من الأمور التى تركتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . بالإضافة إلى ماقامت به هذه الأنظمة القانونية الوضعية من إيراد قواعد

---

(١) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن خصومة التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٩٨ .

تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهى إجراءات تماثل ، وإن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية " **المواد (١٤٦٩) ومابعدها من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٦) - (٥٠٩) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (٢٥) - (٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** " [1] .

الإتجاه الثانى :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة تعاقدية [2] :

---

(1) فى دراسة خصومة التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٤ ومايليه ص ٢٢٢ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٢ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - بند ٤٨ ومايليه ص ٨٩ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٤٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٤٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٢ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤٩ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٩٧ .

(٢) من أنصار هذا الإتجاه ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٤٠ ص ٩١٢ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم -

يرى أنصار هذا الإتجاه - **وبحق** - أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هو عقدا يتم باتفاق الأفراد ، والجماعات ، ويعتبر مظهرا لسلطان إراداتهم ، واستعمالا منهم لحقهم فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، من أجل الفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، والقائمة ، أو المحتملة وغير المحددة** " التى يمكن أن تنشأ بينهم ، عن غير طريق القضاء العام فى الدولة .

فالإتفاق على التحكيم - سواء كان **فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ بين الأفراد ، والجماعات فى المستقبل ، وعن علاقة قانونية محددة - سواء كانت عقدية ، أم غير عقدية - أم كان فى صورة مشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع قائما بالفعل بين الأفراد ، والجماعات لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** - يكون عقدا من العقود التى تنظمها النظرية العامة للعقد - **شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر** . بالإضافة إلى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه - **سواء وردت فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه ، أم وردت فى شكل قانونى خاص - كقانون التحكيم المصرى** رقم (٢٧) **لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** .

فالإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم **مشارطة** - تنطبق عليه القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى - **شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى** - وأهمها : تلك القواعد التى تحكم إبرامه ، وتحديد

١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢٩ ص ٥٤ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩١- دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣١ ص ٨٨ .

وانظر أيضا : الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩١- دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣١ ص ٨٩ - الهامش رقم (١) .

أركانه ، وشروط صحته ، والجزاء المترتب على تخلفها - وهو البطـــلان ، أو القابلية للإبطال - كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكـــام ، خاصـــة فـــى النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه (١) .

ولايعد الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - عمـــلا إجرائيـــا استنادا إلى أنه إنما يتم قبل بدء الخصومة القضائية ، ولـــهذا ، فـــلا يعتـــبر عنصرا من عناصرها ، ولامكونا من مكوناتها ، فيكـــون طبيعيـــا ألا يـــأخذ طبيعتها ، ولاتنطبق عليه قواعد البطلان المقررة للأعمـــال الإجرائيـــة (٢) والتى ينظمها قانون المرافعات المدنية ، والتجارية (٣) .

---

(١) انظر عرضا للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة تعاقدية فى : فتحى والى - نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القـاهرة - ١٩٥٨ - بند ٦٣ ص ١٣٠ ، ١٣١ .

(٢) فى بيان أهمية التفرقة بين خضوع الإتفاق على التحكيم لقواعد البطلان المقررة فى قانون المرافعـــات المدنية ، والتجارية ، والمقررة للأعمال الإجرائية ، وخضوعه لقواعد بطلان العقود الـــواردة فى القـــانون المدنى ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣١ ، ٣٢ .

(٣) فى بيان قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية ، أنظر : فتحى والى - نظرية البطلان فى قـــانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ومايليه ص ١٣٠ومابعدها ، الوسيط فى قانون القضاء المـدنى - بند ٢١٩ ومايليه ص ٣٤٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - البطـــلان المـــدنى " الإجرائـــى ، والموضوعى " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٢٥ ومايليه ص ٤٠٨ ومابعدها ، أحمـــد أبو الوفا - نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - ط٩ - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأســـكندرية - ص ٩٦٢ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعـــات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصــــاص - ط١ - ص ٦٩ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ١٩٩١ - الجزء الثـانى - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة - ص ١٦٦ ومابعدها ، عبد الحكيم فودة - البـــطلان فى قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٢ - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، نبيل إسمـــاعيل عمر - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأســـكندرية - ص

كمـــا أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه قد اعتبرت الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عقدا من عقـود القانون الخاص - **شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر** - ولـم تعاملـه معاملـة الأعمال الإجرائية . وحتى فى الفرض الذى يتم فيه الإتفاق على التحكيم أثناء الخصومة القضائية ، فإنه لايمكن اعتباره ذات طبيعة إجرائية ، بـل تظـل صفته العقدية هى الغالبة ، ويظل لإرادة الأطـراف المحتكميـن " أطـراف الإتفاق على التحكيم السلطان ، والغلبة ، ويظل الإتفـاق علـى التحكيـم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عملا من طبيعة إرادية خالصة [1] .

---

١٦٨ ومابعدها ، أحمد خليل - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الخصومة ، والحكم ، والطعـن - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ٢٨١ ومابعدها ، وجدى راغب فـهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـة ، وتعديلاتهـا المستحدثة - الجزء الأول - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنيـة - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة - ص ٦٩ ومابعدها .

[1] أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠، ٣١ .

الباب الثانى

التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى

تمهيد ، وتقسيم :

لايتخذ نظام التحكيم - **كنظام للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات** - صورة واحدة فى الممارسة العملية ، وإنما تتعدد صوره وأشكاله ، بحسب ماإذا كان يستند إلى اتفاق خاص ، ويكون الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو أن الإلتجاء إليه يكون أمرا مفروضا على الخصوم ، بنص قانونى وضعى خاص يفرض على الأفراد ، والجماعات نظام التحكيم ، للفصل فى بعض من المنازعات ، ويجعله أمرا واجبا لايستطيع الخصوم معه رفع منازعاتهم إلى القضاء العام فى الدولة " **التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى** " .

أو بحسب ماتكون عليه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عند قيامها بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، هل تكون ملتزمة بتطبيق قواعد القانون الوضعى الموضوعى ، أم غير ملتزمة بتطبيقها " **التحكيم بالقضاء (التحكيم العادى) ، والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ؟.

وقد يختلف أسلوب نظام التحكيم الذى يصاغ فيه ، فى ضوء اختيار أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطريقة التحكيم ، وكيفية الفصل فى منازعاتهم ، بحسب ماإذا كان الفصل فيها بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، يتم فى إطار مراكز ، أو مؤسسات دائمة لنظام التحكيم ، تتم الإحالة إليها ، وإلى قواعدها ، فى الإتفاق على التحكيم

- **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو أن يتخذ التحكيم صورة اتفـــاق الأطـــراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إجراءات التحكيـــم ، وفـــق مايحقق المصلحة الخاصة بهم ، مسترشدين بما ورد من القواعد التشـــريعية الوضعية المتعلقة بنظام التحكيـــم - **ســـواء وردت ضمـــن قواعـــد قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أم وردت فى شكل قانونى خاص " كقـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المـــواد المدنية ، والتجارية** " - ملتزمين بما يكون منها نصوصا قانونيـــة وضعيـــة آمرة " **التحكيم الحر ، والتحكيم المقيد** " [١] .

مفهوم التحكيم الإختيارى ، والتحكيم الإجبارى ، وأساس التفرقـــة بينهما [٢] :

---

(١) فى دراسة أنواع التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليـــها - بند ٦٨ ومايليه ص ٢٥٤ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليـــها - بند ١١ ومايليه ص ١٤ ومابعدها .

(٢) فى دراسة التحكيم الإجبارى ، أنظر :

EMILE - TYAN : **Le Droit de l'arbitrage . P . 235 et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial en droit interne . T . 1 . troisieme edition . 1961 . Edition Sirey . P . 15 et s ; Repertoire De Droit civile . Deuxieme edition. T . 111 . 1987 . N . 51 et s .**

وانظر أيضا : شمس مرغنى على - التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيـــل درجـــة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - عالم الكتب بالقاهرة - ١٩٧٣ - ص ٤٩٥ ومابعدها ، محمدى منصور - نظام التحكيم فى القطاع العام - مقالة منشورة بمجلة المحاماة المصريـــة - يناير سنة ١٩٧١ - ص ١٧١ ومابعدها ، محمد عبد الخالق عمر - نظـــام التحكيـــم فى منازعـــات القطاع العام - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القـــاهرة - سنة ١٩٦٢ - العدد الثانى - ص ٧١ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها ، حسنى المصـــرى - نظرية المشروع العام - ١٩٧٩ - دار النهضة العربية بالقـــاهرة - ص ٢٧١ ومابعدهـــا ، أمينـــة

نظام التحكيم قد يكون إختياريا **volontaire** ، وقد يكون إجباريا **Force** . ويختلف هذان النوعان من نظام التحكيم من حيث مبدأ الإلتجاء إليه ، فيكون نظام التحكيم إختياريا ، إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويستند إلى اتفاق خاص ، ويستمد وجوده من هذا الإتفاق ، والذى يخضع للقواعد العامة فى النظرية العامة للعقد بصفة عامة ، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - كقانون التحكيم **المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .**

مصطفى النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٦ ، ٨٧ ص ١٥٦ ومابعدها ، فتحى والى – التنفيذ الجبرى – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٥٠ ومايليه ص ٩٩ ومابعدها ، محمد محمد يحيى – التحكيم الإجبارى فى القانون المصرى – محاضرة فى مؤتمر التحكيم ، والذى نظمه مجمع تحكيم الشرق الأوسط ، والبحر المتوسط فى القاهرة – فى الفترة من ٧ – ١٢ يناير سنة ١٩٨٩ – عن المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكين – ص ٦١ ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى – التنفيذ – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٩٠ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم – ١٩٩٥ – ص ٢٣ ومابعدها ، ص ٣٧٩ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٦٩ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – التنفيذ القضائى – ١٩٩٥ – ص ١٣٠ ، ١٣١ ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٣٧٩ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ الجبرى – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ومايليه ص ٢٥٥ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٤ ومابعدها .

فنظام التحكيم يكون إختياريا ، إذا لم يكن الإلتجاء إليه أمرا مفروضا على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " – أى إذا كان الإلتجاء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم " **أطراف المنازعة ، المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم** " بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات – **وأيا كان ، موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وهذا هو الأصل فى نظام التحكيم [1] .

فبالنظر إلى الصفة الإستثنائية لنظام التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – قد تركت للأفراد ، والجماعات حرية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم التى يجوز فيها الصلح .

ومن ثم ، فإن نظام التحكيم لايوجد للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات – **كأصل عام** – إلا بموجب اتفاق ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة – **سواء تمثل هذا الإتفاق فى عقد وطنى ، أو فى عقد دولى ، أو فى نظام شركة أسهم – وهذا النوع من أنواع التحكيم يرتكز على دعامتين أساسيتين ، وهما :**

---

[1] أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** – النظام القضائى المدنى – ص ٩٩ ومابعدها ، **أميرة صدقى** – النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧١ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٦ ومابعدها ، **إبراهيم على حسن** – التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام – ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال مؤتمر العريش – فى سبتمبر سنة ١٩٨٧ – حول التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – ص ٢٣٧ ومابعدها ، **سعد الليثى ناصف** – هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة ، والقطاع العام – مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة ، والخمسون – العددان الخامس ، والسادس – ص ص ١٥١ – ١٧٦ .

الدعامة الأولى :

الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والدعامة الثانية :

إقرار الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - لهذه الإرادة (١) .

فالإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " تعتبر أحد الأركان التى يقوم عليها نظام التحكيم الإختيارى ، حيث أن لها دورا أساسيا فى إيجاد مثل هذا النظام القانونى الإستثنائى ، للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، مشاركا فى ذلك القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها - وأيا كان موضوعها - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص (٢) ، ولكن تظل هذه المشاركة بقدر وتحت إشرافه (٣) ، (٤) .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ط١ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مبدأ إحتكار القضاء العام فى الدولة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر **DAVID RENE : L'arbitrage commercial international . P . 74 et s**
وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٤ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد مسلم - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٦٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٣٢ .

(٤) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن نظام التحكيم الإختيارى ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم - ١٩٩٥ - ص ٨٤ ومابعدها .

وإذا كان ماتقدم هو الأصل ، فإن هذا لايمنع الأنظمة القانونية الوضعيــة - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من أن تجعل من نظام التحكيم فــى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات أمرا واجبا ، لايملكون معه رفعها أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى لاتكون له فى هذه المنازعــات ســلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأفراد ، والجماعات - **أطــراف هــذه المنازعات** - إن أرادوا الفصل فيها ، **الإلتجاء إلى نظام التحكيم** ، وهذا النوع من نظام التحكيم هو مايعرف بالتحكيم الإجبارى [١] ، [٢] ، [٣] .

---

(١) وقد أثار نظام التحكيم الإجبارى جدلا فى فقه القانون الوضعى المقارن حول تكييفه ، لدرجة أن جانبا منه قد ذهب إلى أن نظام التحكيم الإجبارى لايعد تحكيما بالمعنى الفنى الدقيق ، حيث تنعدم الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين فيه ، أنظر :

MOTULSKY : Note sous Paris . 17 Juillet . 1950 ; Ecrits . T . 1 . Etudes et Notes de procedures civile . preface de G . CORNU et J . FOYER . Dalloz . P . 311 . Ecrits . T . 11 . p . 18 et s . P . 122 ; KELIN : Considerations sur l'arbitrage en droit international prive . Bale . 1955 . N . 17 ; Rigaux Souverainte des Etats et arbitrage transnational in le droit des relations economiques . Etudes offerts a B . GOLDMAN . Litec . 1983 . P . ; FOUCHARD : La nature juridique de l'arbitrage du tribunal des differends irangamesicans . Cahiers du C E D. IN . 1 er journie dactualite international . 19 Avril . 1984 . Avant propos de B . STERNE . p . 32 ;

وانظر أيضا :

Paris . 5 Avr . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 17 ; Paris . 5 Dec . 1970 . Rev . Arb . 1972 . P . 77 .

وانظر أيضا : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمــين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤ ، ١٥ ، ٦٤ ومابعدها .

(٢) فى بيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى ، أو تغليب هذا العنصر على العنصر القضــائى ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٣ ومابعدها .

(٣) فى بيان الخلاف فى فقه القانون الوضعى المقارن حول طبيعة نظام التحكيم الإجبارى ، أنظر : **محمــد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ومابعدها .

ويجب عدم الخلط بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، عندما يصدر العمل من هيئات قضائية إستثنائية .

إذ أن القضاء الإستثنائى يعد من القضاء العام فى الدولة . ولذلك ، فإن القرار الصادر منه يكون له القوة لتنفيذية - **شأنه فى ذلك شأن القرار الصادر من القضاء العام فى الدولة .**

أما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم - **والتى يلتزم الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إليها ، للفصل فى منازعاتهم -** لايحوز القوة التنفيذية ، إلا بعد شموله بأمر التنفيذ ، والذى يصدر من **القضاء العام فى الدولة ، إذ هو قرارا تحكيميا** (١) .

فضلا عن أن الهيئة التى تنظر النزاع فى القضاء الإستثنائى تتكون من أشخاص دائمين .

بينما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة .

كما أن أعضاء القضاء العام فى الدولة لايختارون بواسطة أطراف النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه . بينما يختار الأطراف ذوو الشأن بعض أعضاء هيئة التحكيم الإجبارى (٢) .

---

(١) أنظر : محمود سمير الشرقاوى - التحكيم الإجبارى فى مصر - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجارى الدولى - المنعقدة بالقاهرة ، فى الفترة من ٢٨ - ٣١ مارس سنة ١٩٨٨ - ص ١٧ ومابعدها ، إبراهيم على حسن - التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام مابين الواقع التشريعى ، والتطور - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالعريش ، والمنعقدة فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - ص ص ٢٣٧ - ٢٥٤ .

(٢) أنظر : محمد حلمى عبد المنعم - التحكيم الإجبارى - ط١ - ١٩٧٠ - ص ١٦ ومابعدها ، عبد الجليل بدوى - التحكيم الإجبارى لمنازعات القطاع العام - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا

وتعتبر البلاد الإشتراكية هى أول من أخذ بنظام التحكيم الإجبارى - **كطريق قضائى للفصل فى المنازعات بين المشروعات العامة** - وسلك طريقه من خلال بعض دول الديمقراطيات الشعبية ، ثم انتشر بعد ذلك فى دول أخرى [1] .

وسوف أعرض لنظام التحكيم الإجبارى فى كل من فرنسا ، ومصر ، وذلك على النحو الآتى :

أولا :

نظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى :

صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا ، والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا ، للفصل فى بعض المنازعات ، بحيث أن الدولة الفرنسية كانت قد جعلت من التحكيم فيها أمرا واجبا ، لايملك معه الأطراف ذوو الشأن رفعها إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، الجماعات - وأيا **كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ولاتكون عندئذ للقضاء العام فى الدولة سلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأطراف ذوى الشأن إن أرادوا الفصل فيها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإجبارى المقرر بنصوص قانونية وضعية خاصة ، تحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم الإجبارى ، وكيفية تقديم طلبات التحكيم إليها ، والإجراءات المتبعة أمامها

الدولة - السنة رقم (٣٣) - ص ص ١٥٠ - ١٦٥ ، **عادل فخرى** - التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى - مقالة منشورة فى مجلة المحاماة المصرية - السنة رقم (٥١) - سنة ١٩٧١ - ص ص ٥٠ - ٥٧ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - بند ٢٩ ، ٣٠ ص ١٨٩ ومابعدها

[1] أنظر : **شمس مرغنى على** - التحكيم فى منازعات المشروع العام - ص ٥ ومابعدها ، **فتحى والى** - مبادئ قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣ ص ٤٢ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ١٨٠ .

للفصل فيها ، ومدى ماتتمتع به قراراتها التحكيمية من حجية ، وقوة تنفيذيـــة وطبيعتها القانونية ، وطرق الطعن فيها ، وما إلى ذلك من الأحكام القانونيـــة المنظمة لمثل هذا النوع من التحكيم الإجبارى **Arbitrage Force** .

ومن تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، ماكان منصوصا عليـه من تحكيم إجبارى ، بالنسبة لبعض المنازعات ، فى المواد (٥١) ومابعدهـا من المجموعة التجارية الفرنسية ، وهى المنازعات التى تقع بيـــن الشـــركاء بسبب شركة تجارية .

وكان يقصد بالشركة التجارية فى هذا الصدد :

ليس فقط الشركة التجارية بسبب موضوعها Selon son objet - والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنســـا بشـــركة التجـــارة Societe de commerce - وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحســـب شـــكلها Selon sa forme .

وكان يخضع لهذا التحكيم الإجبارى المنازعات التى يمكـــن أن تنشـــأ بيـــن الشركاء ، أو المساهمين فى الشركات التجارية ، ولايخضع له الشـــركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامـــها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضمـــوا إلـــى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتـــاب فى زيادة رأس مال الشركة .

وكان يقصـــد بالمنازعـــات بيـــن الشـــركاء ، أو المســـاهمين - والمنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدها مـــن المجموعـــة التجارية الفرنسية :

جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقد الشركة - سواء تعلقـت بالعقد ذاته ، أم بتنفيذه ، أم بنزاع يقتضى مباشرة دعـــوى الشـــركة قبـل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة ، أو بطلان جمعيتها العامـــة ، أو

المتعلقة بمسئولية المديريـــن ، وأعضـــاء مجلـــس الإدارة ، أو بمطالبـــة الشركاء ، أو المساهمين بأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشـركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية [1] .

وقد ألغيت المواد (٥١) ومابعدها من المجموعة التجارية ، بواســطة قانون (١٧) يوليو سنة ١٨٥٦ . وبالرغم من ذلك ، فقـــد صـــدر قانونـــا وضعيا فرنسيا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، عقب انضمام فرنسا إلـــى بروتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ ، مقررا للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فــى المواد التجارية ، من خلال إضافة الفقـــرة الأخـــيرة للمـــادة (٦٣١) مـــن المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى نصت على أنه :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ بينـــهم مـــن منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " . وهذه المنازعات هى :

١ - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

٢ - المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

٣ - المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد .

والمنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية كانت هى نفســـها المنازعات المنصوص عليها فى المواد (٥١) ومابعدهـــا مـــن المجموعـــة التجارية الفرنسية ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا ، قبل إلغائها بواســـطة القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى السابع عشر من شـــهر يوليـــو ســـنة ١٨٥٦ ، وجاء القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الحادى ، والثلاثين مـــن شهر ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، مقررا إمكانية إدراج شروط التحكيم فـــى النظـــم

---

(١) أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . N . 17 et s ; HAMEL et LAGARD : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P P . 522 et ss .

الأساسية للشركات التجارية فى فرنسا ، على أساس نظام التحكيم الإختيارى وليس على أساس نظام التحكيم الإجبارى .

فضلا عن أنه كانت قد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا – **وفى فترات محددة** – والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا فى العديد من المنازعات ، وظلت سارية خلال فترات محددة فى فرنسا ، ثم ألغيت بعد ذلك بنصوص قانونية وضعية صريحة [١] .

فقد تقرر الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا فى منازعات العمل الجماعية ، فى فترات محدودة ، وفى ظل ظروف إستثنائية ، ثم أعيد بعد ذلك الأخذ بنظام التحكيم الإختيارى فيها [٢] .

فبعد المبادرات الذاتية لأصحاب الأعمال ، والعمال – **والتى كانت تهدف إلى إقامة نظم خاصة للتوفيق ، والتحكيم فيما بينهم** – تدخل المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٨٩٢ – **وعلى استحياء شديد** – ليضع حدا للصعوبات التى تثيرها علاقات العمل فى مظهرها الجماعى [٣] .

حيث صدر أول قانون للتوفيق ، والتحكيم فى فرنسا ، والذى تضمن نظاما للتوفيق ، وآخر للتحكيم ، كلاهما كان نظاما إختياريا بحتا .

---

(١) فى استعراض هذه النصوص القانونية الوضعية المتفرقة فى القانون الفرنسى ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا فى فرنسا ، فى فترات زمنية محدودة ، أنظر :

JACQUELINE – RUBELINE – DEVICHI : Juris – Classeur . procedure civile . 1986 . Fasc . 1005 . N . 19 et s .

(٢) فى بيان ماهية المنازعات العمالية الجماعية بأنواعها المختلفة ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٦٥ ومايليه ص ١١٣ ومابعدها .

(٣) أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٣٦ ومايليه .

فقد جعل مبادرات التوفيق من اختصاص قاضى الصلح . فإذا لم تتم تسوية النزاع بالتوفيق ، دعى الأطراف لتعيين محكمين ، يختارونهم بأنفسهم .
وكان التحكيم إختياريا بمعنى مزدوجا .
فمن ناحية ، فإن النزاع كان لايعرض على التحكيم إلا بموافقة الطرفين .
ومن ناحية أخرى ، فإن تنفيذ قرار التحكيم كان يتوقف على الرغبة الخالصة للطرفين ، وكان ذلك هو سبب فشل هذا القانون [١] ، بل فشل بسرعة بسبب نقص فيه منذ مولده .

ولذلك ، فمنذ صدور هذا القانون ، وخلال كل عشر سنوات – وبصورة منتظمة – كانت تعرض مشروعات قوانين وضعية فرنسية متنوعة ، لتحسين ماصلح من أحكامه ، وتلافى عيوبه ، لكن تلك المشروعات لم تنجح [٢] .

وأخيرا – وفى عام ١٩٣٦ – تعرض نظام التحكيم الجماعى فى فرنسا لتعديلات جوهرية ، فكانت بداية عصره الذهبى ، **حيث ساد التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، وأخذ به فى فترة محدودة ، من سنة ١٩٣٦ ، وحتى سنة ١٩٣٩ ، بموجب قانون ٣١ /١٢/ ١٩٣٦ ، وقانون ١٩٣٨/٣/٤ ،** وكان نظاما مؤقتا ، جرى تجديده مرتين فى تلك الفترة القصيرة .
وبالرغم من أن تطبيق هذا النظام قد أظهر فاعلية سريعة – **سواء بالنسبة لتسوية المنازعات سلميا ، أو بالنسبة للحد من الإضطرابات ، ونجاحه فى**

---

[١] فى بيان الأسباب التى حالت دون الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، فى منازعات العمل الجماعية ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٦٤ ومايليه ص ١٠٩ ومابعدها .

[٢] فى استعراض مراحل تطور نظام التحكيم الجماعى فى منازعات العمل فى فرنسا ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٥ ص ٩٣ ومابعدها .

استنباط مبادئ هامة فى مجال العمل – إلا أن المشرع الوضعى الفرنسى عاد – وفى سنة ١٩٥٠ – للأخذ بنظام التحكيم الإختيارى السائد حاليا – والذى ثبت عدم فاعليته [١] ، [٢] ، [٣] ، [٤] .

مع ملاحظة مايدخل من منازعات فى اختصاص مجالس المنازعات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والتى لها ولاية النظر فى

---

(١) والأمر يتعلق بالمنازعات المتعلقة بمنح إجازة للتدريب **conges formation** .
فالمادة (٦/٩٣١) من قانون العمل الفرنسى تنص على أن الإستفادة من الإجازة المطلوبة يكون حقا ، فيما عدا الحالة التى يعتقد فيها صاحب العمل – وبعد أخذ رأى لجنة هيئة المشروع **comite dentreporise** ، أو إذا لم يوجد مفوضين عن الأشخاص – أن هذا الغياب يمكن أن يترتب عليه نتائج ضارة – أى أن يكون له أثرا سيئا على الإنتاج ، وسير العمل فى المشروع .
وفى حالة الخلاف ، فإن يمكن عرض الأمر على مفتش العمل المراقب للمشروع ، ويمكن أن يتخذ كمحكم .
وعلى نفس المنوال – وبنفس المفهوم – نجد الصياغة ذاتها فى المواد (١٤/٩٣١) ، (٨٢٤/٩٩١) من قانون العمل الفرنسى ، (٣/٣٨٠) من القانون الوضعى الفرنسى رقم (٨٥ – ٧٧٢) ، والصادر فى الخامس ، والعشرين من شهر يوليو سنة ١٩٨٥ . فى دراسة أحكام شروط الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإختيارى فى منازعات العمل الجماعية فى فرنسا ، أنظر : **عبد القادر الطورة** – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٢ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .

(٢) فى دراسة نظام المحكم الجماعى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر : **عبد القادر الطورة** – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٢٤ ومايليه ص ٢٢٢ ومابعدها

(٣) فى بيان الطبيعة القانونية لمثل هذا النوع من التحكيم ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦٨ ومايليه .

(٤) فى دراسة حالات أخرى لنظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :
G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des journalistes . Rev . Arb . 1964 . P . 34 et s ; JACQUELINE – RUBELIN – DEVICHI : Juris – Classeur . N . 20 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Droit interne . 5 edition . 1983 . Dalloz . N . 56 et s .

منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى - مـهما **كانت قيمة النزاع** [١] ، [٢] .

فلا يخفى الأهمية العملية ، والمزايا الحقيقية التى يحققها نظام التحكيـم فـى الفصل فى منازعات العمل الفردية . وخير دليل على ذلك ، أننا نشهد بعـض

---

(١) فقد أجاز قانون العمل الفرنسى التحكيم فى منازعات العمل الفردية ، بموجب القـانون الوضعـى الفرنسى رقم (٧٩) - ٤٤ ، والصادر بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٨ ، فى حالة وحيدة ، وهـى حالـة الإتفاق على التحكيم بعد انتهاء عقد العمل ، وهى حالة إسـتثنائية بالنسـبة لاختصـاص مجـالس المنازعات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والتى لهـا ولايـة النظـر فى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى - مهما كانت قيمة النـزاع - أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage civile et commercial . Vo . . Droit interne . 1960 . Dalloz . Paris . 4ed . N . 6 et s ; FOUCHARD (P .) : L'arbitrage commercial international . 1965 . Paris . P . 9 et s ; J . NORMAND : Les conflits individuels du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai 1982 . Rev . Arb . 1982 . 169 et ss ; G . H . CAMERLYNCK : Droit du travail . Dalloz . 1984 . 12 ed . N . 992 et s ; JEAN ROBERT : L'arbitrage de conflits du travail . Gaz . 1980 . P . 268 et s ; J . NORMAND : op . cit . , P . 169 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٧ ومابعدها .

(٢) فى تحديد مفهوم المنازعات الفردية للعمل ، والتمييز بينها وبين منازعات العمل الجماعية ، أنظر :

MOTULSKY : L'arbitrage dans les conflits du travail . avec la collaboration de R . PLAISANT , Rev . Arb . 1956 . P . 78 . in ecrts . T . 11 . P . 113 et s , N . 3 .

وانظر أيضا : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٦٥ ومايليه ص ١١٣ ومايليه .

الدول قد أجازت الأخذ بنظام التحكيم فى منازعات العمل الفردية بشكل صريح ، ولكن بشروط معينة ، أو فى حالات محددة [١] .

ويمكن الإشارة فى هذا الشأن إلى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى التاسع ، والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٣٥ ، والذى أنشأ لجنة تحكيم الصحفيين **Commission arbitrale des journaliste** ، وموضوعه هو الفصل فى المنازعات المتعلقة بتعويض صحفى ، أنهى خدمته بعد أكثر من خمسة عشر عاما من الخدمة – **أى بعد أقدمية فى العمل مدتها خمسة عشر سنة** – وعزل هذا الصحفى لتكرار إقترافه لخطأ جسيم . وعندئذ ، تشكل لجنة تحكيم من اثنين من المحكمين ، يتم تعيينهم بواسطة المنظمات المهنية لأصحاب العمل ، ويرأسها أحد القضاة ، وتنتهى الإجراءات بحكم لايحتاج إلى أمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة .

ويتداخل عمل هذه الهيئة مع لجان فض منازعات العمل الفردية فى فرنسا . فإذا أدعى مثلا أحد الأطراف أن عقد العمل لم يستمر أكثر من خمسة عشر عاما ، فإنه يجب عرض النزاع بداية على لجان فض منازعات العمل الفردية ، بخصوص هذه المسألة الأولية **question prejudicielle** .

ثانيا :

نظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى المصرى :

أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى لأول مرة بموجب قرار مجلس الوزراء ، الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١/١٠ ، والذى أنشأ هيئات التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام .

---

(١) أنظر : سمير وهبة أسكندر – التحكيم ، ودوره فى تسوية منازعات العمل الفردية – القاهرة – ١٩٨٥ – الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

ثم صدر بعد ذلك قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى " المواد ٦٦ - ٧٦ " ، والتى حلت محلها المواد (٦٠- ٧٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

وكان العمل بنظام التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر يستند إلى أساسين :

الأساس الأول :

أن منازعات القطاع العام لاتعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة ، إذ أيا كان من يكسب القضية ، أو يخسرها ، فإن الأمر فى النهاية يعود إلى الدولة – صاحبة جميع شركات القطاع العام .

والأساس الثانى :

توفير الجهد ، والنفقات ، والبعد عن بطء الإجراءات ، - والتى تتسم بها الخصومات أمام المحاكم القضائية – وهذا يؤدى من ناحية أخرى ، إلى تخفيف العبء عن كاهل هذه المحاكم القضائية – صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل في جميع منازعات الأفراد ، والجماعات ، وأيا كان موضوعها ، إلا ماإستثنى بنص قانوني وضعي خاص [1] .

على أن الأخذ بنظام التحكيم ، لحسم المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر قد لاقى بعض الإعتراضات من جانب فقه القانون الوضعى ، وأهم ماوجه إليه :

---

(١) أنظر : محسن شفيق – الموجز فى القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٦٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٥٢٣ ص ٥٠٣ ، أبو زيد رضوان – شركات المساهمة ، والقطاع العام – ١٩٧٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٥٣ ، محمود سمير الشرقاوى – القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٧٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٤٦٣ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤٥٢ ص ٥٣١ .

الإعتراض الأول :

أنه يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة القضاء ، والذى يوصى بعرض جميع منازعات الأفراد ، والجماعات فى الدولة على جهة قضاء واحدة .

الإعتراض الثانى :

أنه إذا كان هناك مبررا لوجود هيئة متخصصة للنظر فى منازعات القطاع العام ، فإنه يمكن أن يعهد بهذه المنازعات إلى دائرة متخصصة ، أو لمحكمة متخصصة – ضمن تشكيلات جهة المحاكم القضائية فى مصر .

والإعتراض الثالث :

أن نظام التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام يكلف الدولة أعباء مالية كبيرة ، تتمثل فى المكافآت المالية التى تمنح للمحكمين والمعاونين لهم ، وأن هذه المكافآت نفسها تعتبر وسيلة للمساس باستقلال القضاء [(١)] .

وفيما يتعلق بتشكيل هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام ، فإنه تشكل هيئة تحكيم مختلفة بالنسبة لكل نزاع على حدة فلا توجد هيئة تحكيم مشكلة مقدما ، لنظر ماقد يرفع إليها من دعاوى .

---

(١) فى بيان اعتراضات أخرى لتحكيم هيئات القطاع العام المصرى الإجبارى ، بموجب قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦، أنظر : فتحى والى – القضاء المدنى فى الإتحاد السوفيتى – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٦٧ – السنة رقم (٣٧) – ص ص ٢٨٧ – ٢٩٨ ، محمد عبد الخالق عمر – نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام – ص ٢١٠ ، أميرة صدقى – النظام القانونى للمشروع العام – ص ٦٤٠ .

وفى هذا ، تختلف هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام عن المحاكم القضائية - **عادية كانت ، أم إستثنائية .**

ولقد كان القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - **الملغى** - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - **والملغى كذلك** - يقضى بأنه :

" **يجوز لهيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور أن تنظر أيضا فى المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، وبين الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الإعتبارية - وطنيين كانوا أو أجانب - إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته على التحكيم** " [1] .

فالمشرع الوضعى المصرى - **ومراعاة للرغبة فى اختصار الوقت وتقليل النفقات ، وتبسيط الإجراءات** [2] - كان قد جعل نظام التحكيم إجباريا فى منازعات شركات القطاع العام ، والتى قد تقع بين شركات القطاع العام بعضها ، وبعض ، أو بين الجهات الحكومية - **مركزية ، أو محلية** - أو الهيئات العامة ، أو هيئات القطاع العام .

أما المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة - **سواء كانوا طبيعيين ، أم معنويين ، وطنيين ، أم أجانب** - فإن المشرع الوضعى المصرى كان قد جعل نظام التحكيم فيها إختياريا - **بحسب الأصل العام فى التحكيم .**

---

(١) الفقرة الأخيرة من المادة (٦٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - الملغى بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

(٢) أنظر : محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - ص ٥٠٣ ، نظرية المشروع العام ، وقانون شركات القطاع العام المصرى - ص ٢٧٢ .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الطرف الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها .

ولقد كانت محكمة النقض المصرية قد تعرضت لعلة التفرقة بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام التحكيم الإختيارى فى منازعات شركات القطاع العام ، إذ قالت فى أحد أحكامها أنه : **" المنازعات التى قصد المشرع الوضعى المصرى إخضاعها لنظام التحكيم الإجبارى – والذى استحدثه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ – إنما هى المنازعات الموضوعية التى تنشأ بين شركات القطاع العام ، أو بين إحداها ، وبين جهة حكومية ، أو هيئة ، أو مؤسسة عامة – بشأن تقرير حق ، أو نفيه – اعتبارا بأن هذه الأنزعة – وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى المشار إليه – لاتقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح – كما هو الشأن فى مجال القطاع الخاص – بل تعود فى نتيجتها إلى جهة واحدة ، وهى الدولة "** [1] .

ونتيجة لهذا ، فإنه لم يكن هناك مجالا لشرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام ، بين بعضها البعض ، والأشخاص العامة المذكورة سلفا ، حيث يكون نظام التحكيم إجباريا .

إذ أن كلا من شرط التحكيم ، ومشارطته يعد عملا إراديا . ومن ثم يفترض أن يكون الإلتجاء لنظام التحكيم إختياريا .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/٢/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٤) – ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٥) – ص ١٥٠٦ .

إنما يجوز الإتفاق على شرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعــات شــركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة الأخرى ، حيث لاتخضــع هــذه الفئــة الأخيرة من الأشخاص لنظام التحكيم الإجبارى المذكور (١) .

غير أن مااقتضاه القانون الوضعى المصرى رقــم (٣٢) لســنة ١٩٦٦ - **الملغى** - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصـــرى رقــم (٦٠) لســنة ١٩٧١ - **والملغى أيضا** - من وجوب حصول الإتفاق بين شركات القطـــاع العام ، والأشخاص الخاصة على التحكيم بعد وقوع النزاع ، كان محلا للنقــد باعتبار أن هذا الشرط لم يجد مايبرره فى مجال المنازعات الناشئة عن عقــود شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة ، وأنه ليس مايحول منطقيا فـــى هذا النوع من الأنزعة أن يكون الإتفاق على التحكيم قبل وقوع الــنزاع ، أى أن يحصل فى شكل شرط للتحكيم (٢) .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ " **قانون هيئــات القطاع العام ، وشركاته** " منظما التحكيم الإجبارى لمنازعات المشـــروعات العامة - **وهى المنازعات التى تنشأ بين شركات القطاع العام بعضــها مــع بعض ، أو بين إحدى المؤسسات العامة ، أو الجهات الحكومية - مركزيــة أو محلية - أو هيئة من الهيئات العامة** - فى المواد " (٥٦) - (٦٩) " ، والذى حل محل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشــأن الهيئات العامة .

وفيما يتعلق بنطاق هذا التحكيم الإجبارى ، فقد عددت المـــادة (٥٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المنازعات التـــى تنظرها هيئة التحكيم الإجبارى ، وهى :

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - بند ٣ ص ١٩٠ ، ١٩١ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٢/٨ - مجموعة المكتب الفنى - الســنة (٢٤) - ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٥) - ص ١٥٠٦ .

(١) :

المنازعات بين شركات القطاع العام :

فكل دعوى يكون فيها كل من المدعى ، والمدعى عليه من شركات القطاع العام ، فإنه يجب رفعها إلى هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور

(٢) :

المنازعات بين شركة قطاع عام ، وبين جهة حكومية - مركزية ، أو محلية - أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة :

فالتحكيم لايكون إجباريا إلا إذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام . أما الطرف الآخر ، فإنه قد يكون شركة قطاع عام ، أو جهة حكومية - مركزية أو محلية - أو هيئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة .

فإذا قام نزاعا بين جهتين حكوميتين ، أو جهة حكومية ، أو هيئة عامة ، أو مؤسسة عامة ، فإنه لايعرض على هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور ، وإنما يدخل هذا النزاع فى اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة " المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ "[1] .

والتحكيم أمام هيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور كان تحكيما إجباريا بالنسبة لأطرافه ، فليس لأى من أطراف المنازعات المشار إليها رفعها إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها بل يجب رفعها إلى هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق ، ١٩٨٥/١٢/٢٦ - فى الطعن رقم (٣٣٩) - لسنة (٤٢) ق . [illegible] المدنين الحكمين فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - [illegible] - ٩٣٢ - الهامش رقم (٣) .

المذكور – سواء رفعت الدعوى القضائية بصفة أصلية ، أم كانت قد رفعت في صورة دعوى قضائية فرعية .

ولهذا ، لاتكون للمحاكم ولاية نظر دعوى الضمان الفرعية المقامة أثناء نظر خصومة قضائية أمام جهة المحاكم ، من هيئة عامة ، ضد إحدى شركات القطاع العام [١] .

ولنفس العلة ، فإنه إذا تعدد الخصوم في الدعوى القضائية ، وكان أحدهم شخصا طبيعيا ، أو شخصا إعتباريا خاصا ، إلى جانب شركة قطاع عام ، أو شركة قطاع عام ، وجهة حكومية ، أو هيئة عامة . فإنه في هذا الفرض لاتتوافر حالة تحكيم إجباري من هذا النوع [٢] .

وتطبيقا لهذا ، فقد قضى بأنه : " **إذا كانت المدعى عليها – وهي شركة قطاع عام – قد اختصمت أيضا بصفتها وكيلة عن باخرة أجنبية ، فإن الإختصاص يكون للمحاكم ، وليس لهيئات التحكيم المنصوص عليها في القانون المذكور** " [٣] .

---

(١) أنظر : محسن شفيق – الموجز في القانون التجاري – الجزء الأول – بند ٥٢٣ ص ٤٢٠ ، محمود سمير الشرقاوي – المرجع السابق – بند ٤٧٦ ص ٤٦٤ ، أبو زيد رضوان ، حسام عيسى – شركات المساهمة ، والقطاع العام – بند ٢٢٢ ص ٢٢٨ .

(٢) أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٩١/١/١٠ – في الطعن رقم (٢٢٠٧) – لسنة (٥٦) ق . وقد ورد في هذا الحكم القضائي الأخير أنه " لاتختص هيئة تحكيم القطاع العام بدعوى ضمان فرعية موجهة إلى شركة من شركات القطاع الخاص " . مشارا لهذا الحكم في : فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – بند ٤٧٦ ص ٩٣٤ ، محمد عبد الخالق عمر – نظام التحكيم في منازعات القطاع العام – ص ٢١٨ .

(٣) أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٨١/١/١٩ – في الطعن رقم (١٩٨) – لسنة (٤٨) ق – مجموعة النقض – (٢٥) – ٨٥٩ ، ١٣٩ .

وإذا تعلق الأمر بإحدى المنازعات التى تدخل فى نطاق اختصاص **هيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور ، فإنه يجب رفعها** إليها ، بحيث لايقبل رفعها أمام القضاء العادى ، أو أى هيئة قضائية إستثنائية ويتعلق الأمر بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، فلا يجوز الإتفاق على مخالفته ، ولاتصحح تلك المخالفة إجازة ، ولايرد عليها قبول [١] .
فرغم مبررات التحكيم الإجبارى فى مصر ، فإنه يعتبر استثناء ، لايجوز التوسع فى تفسير حالاته ، أو القياس عليها [٢] .
ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، **فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات** التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها ، ولكن هذا الإختصاص لم يظهر فى القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ .
ورغم أن الإلتجاء إلى هيئات تحكيم القطاع العام كان يعتبر إجباريا فى النطاق الذى كان ينص عليه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المذكور ، فإنه كان يجوز لطرفى النزاع الإتفاق على تحكيم إختيارى يتم وفقا لنصوص قانون المرافعات المصرى " **المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية "** .

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٧٦ ص ٩٣٤ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٣٨ ص ٣٤٤ ، أميرة صدقى - النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - ص ٦٢٤ .

ذلك أن المشرع الوضعي المصرى وبتنظيمه للتحكيم الإجبارى ، كـــان قــد جعله عرضا عن رفع الدعوى القضائية أمام المحاكم العادية ، ولم يمنع بـــه التحكيم الإختيارى ، والذى يملكه الخصوم – **أطراف هذه المنازعات** – وفقــا للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعـــات المصـــرى " **المـــواد (٥٠١) - (٥١٣) – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة** " . ولهذا ، فإن الخصوم كانوا يستطيعون أن يتصالحوا فيما بينهم ، أو أن يتفقــوا **على تحكيم إختيارى** ، ومثل هذا الإتفاق يكون صحيحا – **سواء كان قد تـــم قبل نشأة النزاع ، أو بعد نشأته** ، أى **سواء كان ذلك الإتفاق التحكيمى فـــى صورة شرط للتحكيم ، يكون واردا فى عقد من العقود ، كأحد بنـــوده ، أو مشارطة تحكيم مستقلة** [١] .

إلا أنه وبالرغم من ذلك ، فقد صـــدر القـــانون الوضعـــى المصـــرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمـــال العـــام ، بتـــاريخ (١٩) يوليو سنة ١٩٩١ [٢] . وقد نصت المادة الأولى من قانون إصـــداره على أنه :

" **يعمل به بشأن الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لـــه وعلى ألا تسرى أحكام قانون هيئات القطـــاع العـــام وشـــركاته الصـــادرة بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها** " [٣] .

---

(١) أنظر : **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص ٩٣٥ .

(٢) نشر بالجريدة الرسمية – العدد رقم (٢٤) مكرر – بتارخ (١٩) يونيو – سنة ١٩٩١ .

(٣) تنص المادة الثانية من قانون إصداره على أنه :

" تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم (٩٧) لســـنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات ، إعتبارا مـــن تـــاريخ العمل بهذا القانون دون حاجة لأى إجراء آخر " .

ولم ينظم القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام تحكيما إجباريا خاصا بشركات قطاع الأعمال العام ، أسوة بالتحكيم الذى كان يعرفه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ .

وعلى هذا ، فإنه ومنذ نفاذ القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ لايسرى نظام تحكيم شركات القطاع العام على شركات القطاع العام التى خضعت لهذا القانون .

وجدير بالذكر ، أن المادة (٤٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام المذكور تنص على أنه :

" يجوز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص ، أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب . وتنطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " نصوص قانون المرافعات المصرى " المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " [1] .

وبهذا ، فإن شركات قطاع الأعمال العام - **شأنها شأن الأفراد ، والجماعات ، وشركات القطاع الخاص** - لم يعد أمامها فى مصر من صور

[1] مع مراعاة صدور قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وإلغائه لنصوص التحكيم التى كانت واردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى الباب الثالث منه ، وهى المواد (٥٠١) - (٥١٣) . وفى بيان الخلاف فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء حول التكييف القانونى لهيئات التحكيم الإجبارى ، وطبيعة الأعمال التى تصدرها ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٧٣ ، ٧٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق .

التحكيم ، إلا التحكيم الإختيارى – **والذى ينظمه قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة –** وتخضع فى ذلك لقواعد هذا التحكيم ، تماما كالقطاع الخاص فـــى مصـــر . ويمكن لشركة قطاع الأعمال العام أن تبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كـــان أم مشارطة** – سواء مع شخص اعتبارى عـــام – **كـــإحدى الـــوزارات ، أو المحافظات ، أو هيئة من الهيئات العامة** – أو مع شخص خاص - **فردا كان ، أم شخصا إعتباريا** – ويستوى أن يكون الطرف الآخر فى الإتفـــاق علـــى التحكيم مع شركة قطاع الأعمال العام وطنيا ، أم أجنبيا .

ولكن يثور التساؤل الآن – **وبعد صدور القانون الوضعـــى المصـــرى رقـــم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام – حـــول نطـــاق نظام التحكيم الإجبارى ؟ .**

وللإجابة على هذا التساؤل ، فإنه يجب مراجعة نص المادة (٤١) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطـــاع الأعمال العام ، والتى جاء نصها على النحو التالى :

" طلبات التحكيم بين شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكوميـــة مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التـــى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية فـــى الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمام هيئات التحكيم المشكلة طبقا لأحكام هيئات القطاع العام وشركاته بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، وطبقـــا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه " .

ومفاد النص المتقدم الوضعى المصرى ، أن هيئات تحكيم القطاع العام لم يعد لها اختصاصا بالنسبة لشركات القطاع العام التى تخضع للقـــانون الوضعـــى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ ، وبمنازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكـــام الصادرة فى هذه الطلبات .

وبعد انتهاء الفصل فى هذه الطلبات ، وفى المنازعات الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها ، وخضوع كل شركات القطاع العام لقانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ينتهى كل وجود لنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام فى مصر [(١)] ، [(٢)] .

وبالإضافة لما تقدم ، فإن مصر قد وضعت أحكاماً قانونية تتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ، عن طريق وسائل مختلفة ، من بينها : **التحكيم – باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية منازعات العمل الجماعية** . فقد تضمن قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ [(٣)] أحكام التسوية الودية ، والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، فى الفصل الثالث

---

(١) راجع نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى تنص على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها بجمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

(٢) فى دراسة أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، أنظر : رضا السيد عبد الحميد – شرح قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١/١٩٩٢ – دار الثقافة الجامعية بالأسكندرية ، وراجع أيضا مجموعة الأبحاث التى قدمت فى مؤتمر حول قانون شركات قطاع الأعمال العام – الساحل الشمالى – فى الفترة من (١٩) إلى (٢٤) يونيو سنة ١٩٩٢ ، ولقد جمعت فى كتاب أعده ، وأصدره الأستاذ الدكتور / أحمد جامع – المطبعة العربية الحديثة ، وانظر أيضا : عبد الحكيم عثمان – التطور التشريعى فى تنظيم القطاع العام – مجموعة بحوث مؤتمر الساحل الشمالى – ١٩٩٢/٦/٢٠ – ص ٢٨ ومابعدها ، حسام الأهوانى – تنظيم علاقات العمل فى قطاع الأعمال العام – مجموعة بحوث مؤتمر الساحل الشمالى – ١٩٩٢/٦/٢٢ – ص ٩٣ ومابعدها .

(٣) والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد رقم (٣٣) " تابع " – فى أغسطس سنة ١٩٨١ .

من الباب الرابع منه " المواد (٩٣) - (١٠٦) " . ومن المبادئ التي استحدثها هذا القانون الوضعي المصري ، أنه قرر نظام المفاوضة الجماعية وجعله إجباريا ، وسابقا على نظام التحكيم .

وقد أخذت مصر بالتحكيم الإجباري في منازعات العمل بصورة مطلقة بحيث تحال إلى التحكيم أية منازعة جماعية ، بدون قبول ، أو موافقة كلا الطرفين ، بصرف النظر عما إذا كانت المنازعة تتعلق بمرفق حيوي ، أو بغيره من المرافق ، وبصرف النظر عما إذا كانت ذات آثار خطيرة ، أو غير خطيرة على المصلحة العامة ، أو الخاصة ، وسواء كانت منازعة هامة أو قليلة الأهمية نسبيا (١) ، (٢) ، (٣) .

---

(١) وقد حل هذا القانون الوضعي المصري محل قانون العمل المصري الموحد رقم (٩١) لسنة ١٩٥٩ ، والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد رقم (٧١) مكرر - حرف (ب) ، في ١٩٥٩/٤/٨ ، والذي كان يتضمن في الباب الخامس منه " المواد ١٨٨ - ٢١١ " أحكاما خاصة بالتوفيق ، والتحكيم في منازعات العمل ، فجاء القانون الوضعي المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ ، وحل محله .

(٢) حول نشأة التحكيم في منازعات العمل الجماعية في مصر ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٥٦ ومايليه ص ٩٦ ومابعدها .

(٣) لاشك أن نظام التحكيم الجماعي - وهو النظام الذي أنشئ حديثا ، طبقا للمتغيرات الإقتصادية ، والإجتماعية التي طرأت على أثر قيام الثورة الصناعية ، باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية المنازعات الجماعية المتعلقة بالعمل ، بواسطة طرف ثالث مستقل عن طرفي النزاع - قد زاد انتشاره ، بالرغم من حداثة نشأته ، إذ تأخذ به الغالبية العظمى من دول العالم ، بل واهتمت به المنظمات الدولية ، والإقليمية . حول أسباب ظاهرة الإنتشار الواسع لنظام التحكيم في منازعات العمل الجماعية ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ص ٢٢ ومايليه . حيث أشار سيادته إلى بعض قوانين الدول العربية - ومنها مصر - " قانون العمل المصري رقم (٣٧) لسنة ١٩٨١ - الفصل الثالث من الكتاب الرابع " في التسوية الودية ، والتحكيم في منازعات العمل الجماعية " " المواد (٩٣) - ١٠٦ " ، كما أشار بوجه خاص إلى المشرع الوضعي السعودي ، والذي يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم في جميع المنازعات الفردية الحقوقية " التحكيم الفردي " بموجب نص

وموقف مصر فى أخذها بمبدأ التطبيق العام بالنسبة لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، يخالف موقف بعض الدول التى أخذت بنظام التحكيم الإجبارى ، ولكن فى نطاق محدود .

فمنها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالمرافق الحيوية .

ومنها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالصالح العام .

ومنها من قيدته بشروط معينة ، تحد من نطاق تطبيقه (١) ، (٢) .

قانونى وضعى خاص – صريح ، ومطلق – ونظم أحكام ، وإجراءات هذا التحكيم العمالى الفردى ، كما أشار إلى بعض قوانين الدول العربية ، والأجنبية – ذات المذاهب القانونية المختلفة – والتى أخذت بنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية . فى بيان دور منظمة العمل الدولية فى تقدم نظام الإلتجاء للتحكيم الجماعى . وكذلك ، منظمة العمل العربية ، ودورها فى ذلك ، من خلال الإتفاقات المبرمة تحت رعايتها ، أو التوصيات التى تصدرها ، والدراسات ، والبحوث التى تقوم بها ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٠٤ ص ١٥ ومايليه .

(١) أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٦٣ ومايليه ص ١٠٧ ومابعدها . حيث أشار سيادته إلى تطبيقات عملية لاختلاف مواقف الدول فى الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية . وفى دراسة نظام المحكم الجماعى فى مصر ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ١٣٣ ومايليه ص ٢٣٨ ومابعدها . فى دراسة إجراءات التحكيم الجماعى لمنازعات العمل الجماعية ، الطبيعة القانونية لقرار التحكيم الجماعى ، الطعن فيه ، وآثاره ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٥ ومايليه ص ٩٣ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٧٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة إجراءات التحكيم الجماعى لمنازعات العمل الجماعية ، الطبيعة القانونية لقرار التحكيم الجماعى ، الطعن فيه ، وآثاره ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بند ٥٥ ومايليه ص ٩٣ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٧٨ ومابعدها .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعى قد ذهب إلى أنـــه لايجـــوز – **بصفة عامة** – التحكيم فى المنازعات التى أقامت فيـــها الأنظمـــة القانونيـــة الوضعية توازنا دقيقا بين المصالح المتعارضة – **كالمنازعات بيـــن العـــامل وصاحب العمل** – لأنه لو سمح بنظام التحكيم فى هذه المنازعات ، فإن ذلـــك سيؤدى من الناحية العملية إلى إهدار الضمانات ، وتضييع الحقوق للطـــرف الضعيف إقتصاديا فى هذه المنازعات ، وهو العامل (١) ، (٢) .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى أن التحكيم فى منازعات التجـــارة الدولية ليس عملاً من طبيعة إرادية خالصة . إذ أن واقع التجـــارة الدوليـــة كثيرا ماينبئ عن أن حرية الخصوم فى اختيار نظام التحكيم أصبحت وهمـــا لأنه كثيرا مايفرض نظام التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية – **كمـــا هو الحال فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى** (٣) .

---

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ط١ – ١٩٧٦ – دار النهضة العربيـــة بالقاهرة – الجزء الأول – ص ١٠١ . حول مدى جدوى نظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعيـــة ، وهل نحن بالفعل بصدد تحكيما بالمعنى الفنى الدقيق ، وهل يمكن حماية مصالح العمال الجماعية بطرق أخـــرى أكثر جدوى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـــين – ص ٧٤ ومابعدها .

(٢) حول مدى جدوى نظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، وهل نحن بالفعل بصـــدد تحكيمـــا بالمعنى الفنى الدقيق ، وهل يمكن حماية مصالح العمال الجماعية بطرق أخرى أكثر جدوى ، أنظر : محمـــد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٧٤ ومابعدها .

(٣) أنظر : أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٣ ص ٣٥ .

الباب الثالث

الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى [١] .

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى فصلين ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول :

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى .

والفصل الثانى :

المعيار القضائى فى تمييز ألعقود الإدارية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

---

(١) فى بيان الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى ، أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤ ومابعدها .

الفصل الأول

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانـــون الوضعى الفرنسى .

وضع أسس نظرية العقد الإدارى ، وصاغ خصائصها القضاء الإدارى فـــى فرنسا ، وعلى رأسه مجلس الدولة الفرنسى .

فقد نشأت نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري الفرنسى فـــى مطلـــع القرن الحالى ، حيث كان المعيار المتبع قبل ذلك فـــى توزيـــع الإختصـــاص القضائى بين القضاء الإداري ، والقضاء العادى في فرنسا هو معيار الســـلطة العامة . وكان يقتصر اختصاص القضاء الإدارى على المنازعـــات المتعلقـــة بأعمال السلطة ، أما التصرفات العادية ، أى تلك التى تتساوى فيـــها الإدارة العامة مع الأفراد العاديين ، فإنها كانت من اختصـــاص المحـــاكم العاديـــة . ووفقا لهذا المعيار ، فإن العقود التى كانت تبرمـــها الإدارة العامـــة ، كـــانت تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإدارى فى فرنســـا ، باعتبارهـــا مـــن التصرفات العادية للإدارة العامة ، والتى تندرج فـــى اختصـــاص القضـــاء العادى ، والذى كان يطبق عليها قواعد القانون الوضعى الخاص ، باســـتثناء بعض العقود التي كانت تبرمها الإدارة العامة ، والتى نص القانون الوضعـــى الفرنسى على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بـــها

ومن هذه العقود : عقد الأشغال العامة ، وعقود بيـــع أمـــلاك الدولـــة ، وعقود القروض العامة التى تبرمها الدولة ، وعقود شغل الدومين العام . وقـــد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذه الطائفة مـــن العقـــود تعبـــير : " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، حيث كان اختصاص القضـــاء الإدارى

بها يرجع إلى إرادة المشرع الوضعى الفرنسى ، وليس لخصائص ذاتية فى هذه العقود .

وقد قاس مجلس الدولة الفرنسى على هذه العقود " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، وأدخل فى اختصاصه القضائى عقودا أخرى لم ينص عليها فى القانون الوضعى الفرنسى . **ومن هذه العقود** : عقد طلب المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه ، وغاز الإستصباح فى المدن والعقود التى تتعلق بنظافة الشوارع ، باعتبارها عقودا تشتمل على أشغال عامة [١] .

ولكن وبعد انهيار معيار السلطة العامة ، واعتناق مجلس الدولة الفرنسى لمعيار المرفق العام ، أصبح مجلس الدولة الفرنسى يختص بكل مايتعلق بتنظيم ، وسير المرافق العامة - **وبمختلف أنواعها** . فإذا ارتبطت عقود الإدارة العامة بالمرفق العام ، أصبحت عقودا إدارية ، ويختص بكل مايترتب عليها من منازعات .

ولم يتضمن القانون الوضعى المصرى رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٩ - **والذى أنشأ مجلس الدولة المصرى ، ونظمه** - أية إشارة إلى عقود الإدارة ، حيث حدد اختصاصات مجلس الدولة المصرى على سبيل الحصر ، ولم يخوله أى اختصاص قضائى فى مجال العقود الإدارية . فظلت المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذه العقود خاضعة لاختصاص القضاء العادى فى مصر . إلى أن صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ فمنح للقضاء الإدارى فى مصر الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات

---

[١] أنظر : ثروت بدوى - عمل الأمير فى العقود الإدارية - رسالة - ص ١٧ ، جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥ .

اص القضائى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن بعض العقود الإدارية - **والتى ذكرها على سبيل التحديد ، والحصر** - حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه :

" **تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد ويترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية ، كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى** " .

فاختصاص القضاء الإدارى المصرى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية قد بدأ مع صدورالقانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى ، حيث نصت المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية ، والتى تنشأ بين الإدارة العامة والمتعاقد معها .

وبهذا ، فقد استأثر القضاء الإدارى فى مصر بالإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بين الإدارة العامة والمتعاقد معها فقط [١] .

ومن ثم ، لم يقتصر الإختصاص القضائى فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية على القاضى الإدارى وحده ، بل كان الإختصاص القضائى عندئذ مشتركا بين القضاء العادى ، والقضاء الإدارى .

وكان لذى المصلحة أن يلجأ إلى أى من الجهتين يشاء " **جهة القضاء العادى**

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥ .

وجهة القضاء الإدارى " ، مع مراعاة القواعد القانونية الوضعية التى وضعها المشرع الوضعى المصرى لمنع الجهتين من نظر ذات النزاع [١] .

وقد مدت محكمة القضاء الإدارى فى مصر إختصاصها القضائى إلى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود لم ترد فى نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى ، إستنادا إلى اتصالها بعقود الإلتزام ، عقود الأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية .

ففى حكم لمحكمة القضاء الإدارى فى مصر ، جاء فيه : " **وطبقا للمادة الخامسة من القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام ، والأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية إختصاصا قضائيا مطلقا ، وشاملا لكل المنازعات ، ومايتفرع عنها . وعلى هدى ماتقدم ، يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى القضائية - إلغاء وتعويضا - إنما نشأت عن العقد الإدارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة ، هو مشروع إنشاء مبنى المحكمة ، عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ، ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الإرتباط بعقد من عقود الأشغال العامة ، هو تشييد هذا المبنى ، بحيث تعتبر خاصة به . وبالتالى ، تندرج فيما تختص**

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥ ، ٦ .

المحكمة بنظره ، بمقتضى المادة القانونية المشار إليها . ومن ثم ، يكـــون الدفع بعم الإختصاص فى غير محله ، متعينا رفضه " [١] .

ثم صدر بعد ذلك القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى ، والذى تلافى أحد عيوب القـــانون الوضعـــى المصرى السابق رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ والخاص بمجلس الدولة المصـــرى أيضا ، فيما يتعلق بالعقود الإدارية ، وهو ترك الحرية للمدعى فى اختيـــار القانون الوضعى الذى يطبق على المنازعة .

فإذا أراد تطبيق قواعد القانون الإدارى ، رفع دعواه القضائية أمام القضـــاء الإدارى . وإذا رغب فى تطبيق قواعد القانون الوضعـــى الخـــاص ، رفـــع دعواه القضائية أمام القضاء العادى . وقد جاء فى المادة العاشرة من القـــانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصـــرى أنه :

" يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فـــى المنازعـــات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر " .

وقد بقى هذا النص القانونى الوضعى المصرى كما هـــو دون تغيـــير فـــى القانون الوضعى المصرى رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ والخاص بمجلس الدولـــة المصرى . وبهذا ، أصبح القاضى الإدارى فى مصر هـــو قـــاضى القـــانون العام بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، إعتبارا من صدور القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصـــرى واستمر هذا النص القانونى الوضعى المصرى أيضا - محتوى ، ولفظـــا -

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر - الصادر فى (٢٦) ديسمبر سنة ١٩٥١ " المجموعة " - س (٦) - ص ٢٢٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإداريـــة - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٦ .

فى قانون مجلس الدولة المصرى الحالى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ . فقد جاء فى المادة (١١/١٠) منه أنه :

" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :
" . . . حادى عشر " المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر " [١] .

ولكن الصعوبة تكمن فى معرفة متى يكون العقد الذى تبرمه الإدارة العامة عقدا إداريا ، ومتى يكون من عقود القانون الخاص .

ذلك أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة ليست كلها من طبيعة واحدة ، بل هى نوعين متميزين ، ومختلفين من حيث الطبيعة ، بحسب ما إذا كانت الإدارة العامة قد اتبعت أسلوب القانون العام ، أو قواعد القانون الخاص فى إبرامها .

ولذا ، كان من الضرورى التمييز بين عقود الإدارة العامة الإدارية ، وعقودها المدنية ، لاختلاف النظام القانونى المطبق على نوعى العقود التى تبرمها الإدارة العامة .

فاعتبار العقد إداريا يدخل المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه فى اختصاص جهة القضاء الإدارى ، وتطبق عليه قواعد ، ومبادئ القانون الإدارى .

أما إذا كان العقد الذى تبرمه الإدارة العامة هو من عقود القانون الخاص فإن ذلك يؤدى إلى إخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه لاختصاص جهة القضاء العادى ، وتطبق عليه أحكام القانون المدنى .

---

(١) فى بيان التطور التاريخى الذى مرت به نظرية العقود الإدارية فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣ ومابعدها .

كما أن الآثار القانونية المترتبة على كل منهما تختلف اختلافا جوهريا ، من حيث سلطة الإدارة العامة فى مجال العقد الإدارى ، حقوق ، والتزامات المتعاقد معها ، ومن حيث نهاية العقد الإدارى .

فالإدارة قد تكون طرفا فى نوعين من العقود ، تختلف من حيث طبيعتها . ومن ثم ، يختلف القانون الوضعى الذى يحكم كل منهما ، والقضاء الذى يختص بالنظر فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن أى منهما [١] .

معيار تمييز العقود الإدارية :

اكتفى المشرع الوضعى – **سواء فى مصر ، أم فى فرنسا** – بالنص على العقود الإدارية ، ولم يحاول أن يحدد معيارا ، أو تعريفا للعقد الإدارى تاركا ذلك لأحكام القضاء فى فرنسا ، ومصر .

وإذا كان القضاء الفرنسى قد اعتمد معيار المرفق العام كأساس لتمييز العقود الإدارية ، فإن مفهوم المرفق العام نفسه قد اختلف ، وتطور ، واتسع عند بداية نشأته .

كما نجد أن فكرة الشروط الإستثنائية ، وغير المألوفة فى عقود القانون الوضعى الخاص – **كمعيار لتمييز العقد الإدارى** – قد تطورت ، فلم تعد هى تلك الشروط الواردة بنصوص العقد ، بل إنها قد تكون بعيدة عن نصوص العقد .

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى :

كانت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى هى نقطة البداية لاختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا بالمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، حيث لم يكن اختصاص القضاء الإدارى فى مجال العقود الإدارية عاما فى أول الأمر ، بل إن المشرع الوضعى الفرنسى قد

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٨ .

نص على عقود بعينها ، وأدخلها فى اختصاص هذا القضاء . وقد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذا النوع من العقود إصطلاح : " **العقود الإدارية بتحديد القانون Contrats administratifs par determination de la loi** .

وقد استند مجلس الدولة الفرنسى على هذه النصوص القانونية الوضعية الفرنسية لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الإدارة ، والتى لم يرد نصا قانونيا وضعيا فرنسيا عليها صراحة ، وإنما استند فى ذلك إلى وجود صلة بينها ، وبين عقود الإدارة المنصوص عليها قانونا .

وقد ظهرت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى فى ظل نظرية أعمال السلطة ، والتصرفات العادية التى كانت تعتبر أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة من قبيل التصرفات العادية **Actes de gestion** وليست من أعمال السلطة القائمة على عنصر السيادة . حيث كانت التفرقة بين أعمال السلطة ، والتصرفات العادية ، أو أعمال الإدارة العامة هى معيار تحديد الإختصاص القضائى .

ولذلك ، كانت العقود الإدارية لاتندرج فى اختصاص القضاء الإدارى باستثناء المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود التى منح المشرع الوضعى الفرنسى لهذا القضاء الإختصاص القضائى بنظرها ، فيكون الإختصاص القضائى فى هذه الحالة قد انعقد للقضاء الإدارى الفرنسى طبقا لإرادة المشرع الوضعى الفرنسى [١] .

فقد ترتب على التفرقة بين أعمال السلطة ، وأعمال الإدارة فى فرنسا إخراج جميع الأعمال التى لاتتضمن أمرا حقيقيا صادرا من الجهة الإدارية من أعمال السلطة . ومن ثم ، من الخضوع لأحكام القانون الإدارى ، ومن

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ١٦ .

اختصاص القضاء الإدارى . ولهذا ، فقد خرجت العقود الإدارية من مجـــال تطبيق القانون الإدارى في فرنسا ، وعن ولاية القضاء الإدارى الفرنسى (١)
وقد استشعر المشرع الوضعى الفرنسى الطبيعة الخاصة للعقود الإداريـــة أو أهم تلك العقود . فنص على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فـى المنازعات المتعلقة ببعض العقود التى تبرمها الإدارة العامة .

كما توسع القضاء الفرنسى فى تفسير هذه النصـــوص القانونيـــة الوضعيـــة الفرنسية ، فمد ولايته إلى بعض العقود التى لم يرد فى شأنها نصـــا قانونيـــا وضعيا فرنسيا ، قياسا على تلك التـــى نـــص عليـــها المشـــرع الوضعـــى الفرنسى (٢) .

وقد كان هذا المسلك من جانب المشرع الوضعى الفرنسى ذا جدوى ، عندمـــا كان القانون الإدارى فى فرنسا يقوم على معيار السلطة العامـــة – **وبعـــد أن هجر معيار الهدف من العمل موضوع النزاع** – فإذا كان هذا العمل يســتهدف تحقيق المصلحة العامة ، أعتبر عملا إداريا ، وكانت المنازعة التى يمكـــن أن تنشأ عنه منازعة إدارية ، يختص بها القضاء الإدارى .

ولكن وبعد أن هجر معيار السلطة العامة فى فرنسا ، أصبحت فكرة العقـــود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى لاتنسجم مع الأســـس التـــى يقـــوم عليها القانون الإدارى الحديث (٣) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٧ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ .

وقد كان قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية أول التشريعات التى نصت على هذه الطائفة من العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى ، حيث نص على اعتبار عقود الأشغال العامة **Marche de travaux publics** من قبيل العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى ، بحيث تختص مجالس الأقاليم بالمنازعات التى تنشأ بين مقاولى الأشغال العامة ، والإدارة العامة ، والمتعلقة بتنفيذ شروط العقد المبرم بينهما . ومن ثم ، كانت جميع المنازعات التى تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم .

ولم يحدد قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية المقصود بالأشغال العامة ، فتولى القضاء الإدارى الفرنسى آنذاك تحديد معنى الأشغال العامة ، وتوسع فى مفهومها ، فأدخل فى اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى كافة عقود الإدارة المرتبطة بالأشغال العامة ، كعقد المساهمة فى المشروعات العامة ، وعقود توريد الكهرباء ، والمياه ، والغاز ، وعقود تنظيف الشوارع ، والطرق ، وعقود تشغيل المساجين ، وعقود شغل جزء من الدومين العام الفرنسى ، وعقود بيع أملاك الدولة الفرنسية [١] .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود الأشغال العامة ، سواء التى تبرمها الدولة ، أو الأقاليم . فى حين أنها قصرت إختصاص القضاء الإدارى الفرنسى على الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود التوريد التى تبرمها الدولة الفرنسية ، دون تلك التى تبرمها الأقاليم [٢] .

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ ، ١٩ .

ـــ خولت المادة الثالثة عشر من مرسوم (١١) يونيو ســـنة ١٩٠٦ – والخاص بعقود التوريد **Marches de furnitures** – لمجلـــس الدولـــة الفرنسى "**منعقدا بهيئـــة قضـــاء إدارى** " الإختصـــاص القضـــائى بنظـــر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التى تبرمها الدولة الفرنســـية ، دون تلـــك **التى تبرمها الأقاليم** [١] .

وأسند القانون الوضعى الفرنسى الصـــادر فـــى (١٧) يوليـــو ١٧٩٠ والقانون الوضعى الفرنســـى الصـــادر فـــى (٢٦) ســـبتمبر ســـنة ١٧٩٣ **الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود القرض العـــام التى تبرمها الدولة Contrat d'emprunt public de l'etat لمجلـــس الدولة الفرنسى " منعقدا بهيئة قضاء إدارى "** .

أما تلك العقود التى تبرمها الهيئات المحلية بشأن قرض ، فإنها كانت تخضـــع وماينشأ عنها من منازعات للمحاكم العادية الفرنسية [٢] .

كما خول القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (١٧) يونيـــة ســـنة ١٩٣٨ القضاء الإدارى الفرنسى الإختصاص القضـــائى بنظـــر المنازعـــات الناجمة عن عقود شغل الدومين العام الفرنسى . ، حيث جاء فيه :

" تخضع لاختصاص مجالس الأقاليم دون إحالة إلـــى مجلـــس الدولـــة المنازعات المتعلقة بعقود شغل جزء من الدومين العام ، أيا كان شـــكلها ،

---

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٠ .

أو تسميتها ، والتى تبرمها الدولة ، والأقاليم ، والمؤسســـــات العامـــة ، أو ملتزمى هذه المؤسسات " .

الفصل الثانى

المعيار القضائى

فى تمييز العقود الإدارية .

العقد الإدارى – وفقا لما استقر عليه القضاء الإدارى ، سواء فى فرنسا أو فى مصر – هو :

العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، بقصد تسيير مرفقا عاما من مرافق الدولة ، أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . ومناط ذلك ، أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية ، وغير مألوفة فى القانون الخاص ، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة العامة الإشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام .

وقد أشارت إلى هذا المفهوم للعقد الإدارى العديد من أحكام القضاء الإدارى – سواء فى مصر ، أو فى فرنسا – حيث تقول محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكم لها : " . . . **وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام ، وبين أحد الأفراد ، لايستلزم بذاته إعتبار العقد من العقود الإدارية ، بل إن المعيار المميز لهذه العقود – عما عداها من عقود القانون الخاص – ليس فى صفة المتعاقد ، بل فى موضوع العقد ، متى اتصل بمرفق عام من مرافق الدولة ، من حيث تنظيم المرفق ، أو تسييره ، أو استغلاله ، أو المعاونة ، أو المساهمة فيه ، مشتركا فى ذلك – وعلى درجة متساوية – بظهور نية الشخص المعنوى فى أن يأخذ فى**

العقد بأسلوب القانون العام ، وأحكامه ، فيتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص " (١) .

كما قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أنه : " **العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيه غير متكافئ ، إذ يجب أن يراعى فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد ، وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه ، وتفسيره** " (٢) .

وتقول المحكمة الإدارية العليا فى مصر – وفى حكم قضائى صادرا منها – أنه : " **مناط العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفق العام ، من حيث تنظيمه ، وتسييره ، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته ، مراعاة لوجه المصلحة العامة ، وماتقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام ومانيطوى عليه من شروط إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص**

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى – الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٥٧ – فى القضية رقم (٧٧٩) – لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٣ ، ٢٤ .

(٢) أنظر : فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى رقم (٦٧) – فى ١٩٥٦/١٠/٢٣ – مجموعة أبو شادى – طبعة سنة ١٩٦٤ – ص ٧٥١ . ومشار إليها كذلك فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٤ .

- سواء تضمن العقد هذه الشروط ، أو كانت مقـررة بمقتضى القوانين واللوائح " [١] .

فالعقد الإدارى يقوم على أسس ثلاثة [٢] :

الأساس الأول - عضوى :

ويعنى أن تكون الإدارة العامة طرفا فى العقد .

الأساس الثانى - يتعلق بموضوع العقد :

وهو أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة .

والأساس الثالث - يرتبط أيضا بموضوع العقد :

ويعنى أن يتبع فيه أسلوب القانون العام .

عناصر المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية :

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٦٨ - فى القضية رقم (٥٥٦) - س (١١) ق - المجموعة - السنة ٧٥/١٣ - الجزء الثانى - ص ٥٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٥ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ - مجموعة أحكام - السنة (١٧) - ص ٢٦٣ ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٩) يونيو سنة ١٩٧٤ - الدعوى القضائية رقم (١٠) - السنة الرابعة قضائية عليا " تنازع " ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٥) فبراير سنة ١٩٧٧ - القضية رقم (٦) " تنازع " - لسنة (٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين الأخيرين فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٧ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر فى (٨) نوفمبر سنة ١٩٧٩ - فى الطعن رقم (٢٩) - لسنة (٤٨) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٧ ، ٢٨ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٦ .

العنصر الأول :

الإدارة طرفا فى العقد الإدارى :

العقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهـذا شرطا بديهيا ثابتا . فالعقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة العامة والعقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهـذا الشرط ثابتا لايتغير ، وهو ضروريا ، ولازما لإعطاء الصفة الإدارية للعقد [١] . لكن كون الإدارة طرفا فى العقد لايجعله - **وبالضروة** - عقدا إداريا ، إذا لم يتوافر فيه العنصران الآخران " **أن يتصل العقد بمرفق عـام مـن مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " [٢] .

ويقصد بالإدارة العامة فى هذا الشأن :

أشخاص القانون العام المستقر على أنهم من الأشخاص العامة . **وهـم** : الدولة ، المحافظة ، ، المركز ، المدينـة ، الحـى ، القريـة ، والأشـخاص المصلحية . **وهى** : الهيئات العامة ، والمنظمات المهنية **التـى تتمتـع بقـدر** كبير من السلطة العامة [٣] .

فقد استقر القضاء الإدارى فى مصر على اعتبار النقابات المهنية المختلفـة – **كنقابة المحامين ، والأطباء ، والمهندسين ، وغيرها** – من النقابات المهنية

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٩ .

وكذلك ، بطرخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العام ، والمجلس الصوفى العام من قبيل الأشخاص المعنوية العامة ، أى أن العقود التى تبرمها تكون عقوداً إدارية ، إذا توافرت فيها بقية الشروط [١] . وعلى هذا أيضا ، إستقر القضاء الإدارى فى فرنسا [٢] .

ويترتب على هذا الشرط – والذى يقتضى ضرورة وجود شخص عام طرفا فى العقد ، إلى جانب الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** "، لاعتبار العقد إداريا ، أن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يعتبر عقدا مدنيا .

وكذلك ، تعتبر من قبيل العقود المدنية ، تلك التى تبرم من الباطن بين ملتزمى المرافق العامة ، والغير – **كالمقاولون ، والموردون** – من أجل تنفيذ أشغال عامة .

وكذلك ، العقود التى تبرم بين ملتزمى المرافق العامة ، والمنتفعين من هذه المرافق ، تعد أيضا من عقود القانون الوضعى الخاص .

إلا أنه قد ثار جدلا فقهيا ، وقضائيا فى مصر حول طبيعة الشخصية القانونية للمشروعات الإقتصادية العامة . وبصفة خاصة ، فى أعقاب قوانين التأميم ، فكان التساؤل حول الأثر القانونى لهذا التحول فى ملكية هذه المشروعات . وهل يرتب ذلك ، إكتسابها الشخصية المعنوية العامة ، أم تحتفظ بالشخصية المعنوية الخاصة – **والتى كانت لها قبل التأميم ؟** .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

(٢) أنظر :

MARTIN PANNETIER : Element d'analyse corporative des et ablissements publics en droit Francais et en droit anglais. 1966. P. 133.

وقد سلك المشرع الوضعى المصرى فى إدارة المشروعات المؤممة أحد طريقين ، حين أضفى على بعض هذه المشروعات الشخصية المعنوية العامة صراحة وفقا للقانون الوضعى المصرى الصادر سنة ١٩٧٥ ، حيث عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ [١] المؤسسة العامة بأنها : " **شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشاطا صناعيا ، أو تجاريا ، أو زراعيا ، أو ماليا ، أو تعاونيا ، ولها ميزانية مستقلة ، تعد على نمط الميزانيات التجارية** " .

وبذلك ، فقد صار من حق هذه المؤسسات ممارسة وسائل السلطة العامة – **ووفقا للنظام القانونى المقرر لها** – بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ ، والقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ – **والمنظم للمؤسسات العامة ، ومايتبعها من وحدات إقتصادية** – ومن ثم تستطيع هذه المؤسسات أن تبرم عقودا ذات طبيعة إدارية [٢] .

وأما الطريق الآخر الذى اختاره المشرع الوضعى المصرى لإدارة المشروعات العامة ، فيتمثل فى الإحتفاظ للمشروع العام بصورة الشركة المساهمة ، والتى تخضع للقانون الوضعى المصرى الخاص فى مزاولة نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنيها المشرع الوضعى المصرى صراحة أو تلك التى لاتتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

وقد ذهبت غالبية فقه القانون الوضعى المصرى إلى إنكار الشخصية المعنوية العامة على شركات القطاع العام ، وجمعياته ، واعتبرها من

---

[١] ألغى القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٢ .

أشخاص القانون الخاص ، وتخضع لقواعد القانون التجاري المصري – **والتي تسري على الشركات المساهمة .**

ومن ثم ، فإن العقود التي تبرمها هذه الشركات لاتعتبر عقوداً إدارية ، وإنما هي من عقود القانون الخاص [١] ، [٢] .

فمن حيث أن شركات القطاع العام من أشخاص القانون الخاص التي تمارس نشاطها في نطاق هذا القانون . وبهذه المثابة ، فإنها لاتعتبر أجهزة حكومية أو هيئات ، أو مؤسسات عامة [٣] .

ومن حيث أن شركة " المقاولون العرب " تعتبر من شركات القطاع العام ولايغير من كونها كذلك خضوعها لأحكام القانون الوضعي المصري رقم (٣٩) لسنة ١٩٦٤ في شأن بعض الأحكام الخاصة لشركات مقاولات القطاع العام . ذلك أن هذا القانون وإن اختصها ببعض الأحكام ، إلا أنه لم يغير من وصفها المشار إليه ، بأن أبقى لها هذا الوصف صراحة ، وهو وصف الشركة . وعلى ذلك ، فإنها تعتبر – شأن كل شركات القطاع العام

---

[١] أنظر : سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٥٧ ، ٥٨ .

[٢] أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري في مصر – الصادر في (١٠) ديسمبر سنة ١٩٧٢ – س (٢٨) ق – رقم (٢٦) . مشارا لهذا الحكم القضائي في : أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٢ .

[٣] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر – الصادر في (٢٧) يناير سنة ١٩٧٩ في القضية رقم (٤٣٣) – المجموعة – س (٣٤) – ص ٥٥ . وفي نفس المعنى تقريبا ، أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر – القضية رقم (١١) – لسنة (١) ق " تنازع " – بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦ – مجموعة أحكام ، وقرارات المحكمة الدستورية العليا حتى (٣٠) يونيو سنة ١٩٨١ – الجزء الأول – ص ٢٦٢ .مشارا لهذين الحكمين القضائيين في : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٣ .

– شخصا من أشخاص القانون الخاص ، وبهذه المثابة ، لاتعتبر من الأجهزة الحكومية ، أو الهيئات ، أو المؤسسات العامة [١] .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ليقضى على الخلاف الفقهى بصدد شركات القطاع العام ، وليوضح الطبيعة القانونية لهذه الشركات ، وتمييزها عما تنشئه من شركات تابعة لها .

فتنص المادة الثانية منه على أنه :

" تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الإعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام . . . " .

وبهذا ، فقد منحت هيئات القطاع العام الشخصية الإعتبارية ، فصارت من أشخاص القانون العام المصرى . **ويترتب على ذلك ، أن العقود التى تبرمها هيئة القطاع العام تعد من قبيل العقود الإدارية ، متى توافر فيها العنصران** الآخران الازمين لتمييز العقد الإدارى **" أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام " .**

أما فيما يتعلق بالشركات التابعة لهيئة القطاع العام ، فقد نص القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ فى مادته السابعة عشر على وجوب اتخاذ تلك الشركات شكل الشركة المساهمة .

فالمشرع الوضعى المصرى قد أراد لها الطبيعة الخاصة ، حيث نصت المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على أنه :

" تسرى على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص من هذا القانون وبما لايتعارض مع أحكامه ، الأحكام التى تسرى على شركات

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – رقم (٧٨٠) – الصادر فى (١٧) فبراير سنة ١٩٧٢ – المجموعة – س (٢٤) – ص ٦٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٣ .

المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ " .

ثم صدر قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام ، ليضع حدا لكل هذه الخلافات ، باعتباره مرحلة انتقالية نحو تحويل النشاط الإقتصادى التى كانت تقوم به الدولة إلى الأفراد [١] .

العنصر الثانى :

أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة " علاقة العقد بالمرفق العام " :

تحتل فكرة المرفق العام مكانة هامة فى القانون الإدارى ، ويرجع الفضل فى نشأة نظرية المرفق العام إلى مجلس الدولة الفرنسى . وكذلك ، محكمة التنازع الفرنسية ، فى النصف الثانى من القرن الماضى ، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسى – **ولأول مرة** – بمعيار المرفق العام فى قضية روتشيلد **RPTSHILD** سنة ١٨٥٥ ، ثم توالت أحكامه القضائية بعد ذلك فى هذا الشأن [٢] .

وقد ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام فى مجال العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى ، فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٤ .

[٢] أنظر : ثورية العيونى – معيار العقد الإدارى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٨٧ – ص ١٤٩ ومابعدها ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٦ .

TERRIER [١] ، وقد قرر المفوض الشهير : " روميو " فى هذا الحكم أن : " **كل مايتعلق بتنظيم ، أو تسيير المرافق العامة بالمعنى الضيق – سواء كانت الإدارة تتصرف عن طريق عقد ، أو بصفتها سلطة عامة – يخضع لاختصاص القضاء الإدارى** " .

ولم يحاول القضاء الإدارى الفرنسى فى أحكامه وضع تعريفا محددا للمرفق العام ، تاركا ذلك لاجتهاد فقه القانون الوضعى الفرنسى .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى – ومنذ عام ١٩١٢ – أن شرط اتصال العقد بالمرفق العام – **وحتى يمكن اعتباره عقدا إداريا** – هو شرطا ضروريا ، ولكنه ليس كافيا وحده لذلك .

وتطبيقا لذلك ، فقد رفضت محكمة التنازع الفرنسية – **وفى حكم قضائى لها** – إعتبار عقدا أبرمته إدارة المنشآت ، والقوات البحرية ، **مع أحد الأشخاص** لتجديد مركب صيد ، من قبيل العقود الإدارية ، مقررة أنه : " **هذا العقد لايتعلق بتسيير المرفق العام ، وهو بطبيعته من عقود القانون الخاص ، وأن تلك الشروط الواردة به ، والتى فى صالح الإدارة ليست كافية بذاتها لتغيير صفة العقد** " [٢] .

فشرط ارتباط العقد بالمرفق العام هو شرطا مطلقا لاعتبار العقد إداريا وتخلفه يجعل العقد من عقود القانون الخاص ، بالرغم من وجود الشروط الإستثنائية فى العقد . ويستثنى من ذلك ، حالات العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى – **كعقود الأشغال العامة ، أو التى تتعلق بشغل**

---

(١) أنظر :

C. E. 6 Feb 1903. TERRIER.

(٢) أنظر :

T. C. 22 Novembre. 1951. chilafa hasen. P. 643.

الدومين العام الفرنسى – فهذه العقود يمكـــن ألا ترتبـــط بتســـيير المرافـــق العامة [١] .

وقد كان شرط ارتباط العقد بالمرفق العام يتطابق وموقف القضاء مـــن عقود الأشخاص العامة على دومينها الخاص ، فقد أخرجها من مجال العقـــود الإدارية تماما ، باعتبار أن إدارة الدومين الخـــاص هـــى الفكـــرة التقليديـــة المواجهة لفكرة المرفق العام ، أو المتعارضة معها .

ولذلك ، فقد اعتبر – **ومنذ وقت طويل** – أن العقود المتعلقة بإدارة الدوميـــن الخاص للأشخاص الإعتبارية العامة من قبيل عقود القانون الوضعى الخـــاص وأن المنازعات المنازعات التى تنشأ عن إدارة الدومين الخاص للدولـــة ، أو أشخاصها الإقليميـــة ، أو المصلحيـــة لاتدخـــل فـــى اختصـــاص القضـــاء الإدارى [٢] .

ولكن القضاء الفرنسى هجر هذا الإتجاه منذ عام ١٩٥٤ ، حيث صدرت عـــدة أحكام قضائية متفرقة أثارت التساؤل حول مدى هذا التغيير ، وصفاته ؟ . ثـــم تعددت أحكام القضاء فى فرنسا بعد ذلك ، وكانت أكثر صراحة فـــى اتجـــاه التغيير ، والتحول عن الرأى السابق .

وقد صدرت هذه الأحكام عن ثلاث محاكم عليا . وهـــى : مجلـــس الدولـــة الفرنسى ، محكمة النقض الفرنسية ، ومحكمة التنـــازع الفرنســـية ، والتـــى

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٧ ، ٣٨ .

[٢] أنظر :

Cass . Civ . 30 Juin . 1926 . DELLEWEILL . S. 1973 ; C. E. 26 Janvier. 1951 . Societe anonyme miniere . P. 49 ; T. C. 29 Janvier. 1952 . conservateur de eaux et forets de Corse . P. 613 .

اعتبرت أن العقود التى تبرمها الإدارة العامـــة ، لإدارة دومينـــها الخـــاص يمكن أن تكون عقودا إدارية [١] .

وبعد هذا القضاء ، فإن شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العـــام ، لاعتبـــاره عقدا إداريا ، أصبح موضع شك ، بعد أن اعتبر القضاء الفرنســـى أن الإدارة العامة يمكن أن تبرم عقود ذات طبيعة إدارية ، فـــى ســـبيل إدارة الدوميـــن الخاص .

ومع وجود هذا القضاء فى فرنسا ، فإن جانبا من فقـــه القـــانون الوضعـــى الفرنسى قد أكد على ضرورة وجود شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العـــام لاعتباره عقدا إداريا . فالقواعد الإستثنائية ، وغير المألوفـــة فـــى العقـــود الإدارية ، لايمكن تبريرها إلا باتصال العقد بتسيير المرفق العام [٢] .

ويظهر شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريـــا فى أحكام القضاء الإدارى فى مصر ، والتى تواتـــرت علـــى أنـــه : " . . . **وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه إحتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره ، وتغليب وجه المصلحـــة**

---

[١] أنظر :

. l'arret du conseil d'Etat du 17 Decembre 1954 . GROSY . D . 1956 . P . 527 . Note : ROUGEVIN – BAVILLE . T . C . 20 Avril 1959 . Societe nouvelle d'eupoitation des plagespiscines et patinoures . P . 866 ; 2 Juillet . 1962 . consorts Cazautet . P . 823 ; 22 Novembre. 1965 . Calmette . J . C . P . 1966 . 11 ; 14484 , Concl . findonis. D . 1966 . j . 258 . Note Y . FENOIR . C . E . 26 Fevrier . 1956 . Societe du velodrowe du parc des princes . R . D . P . 1965 . 513 . comcie . brtr and (42) ; Cass . Civ . 13 Juin . 1970 . Theatre deNewlly . Bull . 319 . T . C . 2 Juin 1975 . Salas . P . 796 ; C . E . 9 Novembre . 1979 Leclert . P . 410 ; C . E . 30 Janvier . 1980 de Paris . P . 54 .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٠ .

العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام ، وإن كانت شرطا لازما ، فإنها ليست كافية " [١] .

وأنه : " . . . ولما كانت هذه العقود " الإدارية " تختلف عن العقود المدنية فى أنها تستهدف مصلحة عامة – وهى تسيير المرافق العامة – عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردى ، مما ينبغى معه أن يراعى فيها دائما – وقبل كل شئ – تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . . . " [٢] .

وفى تقريره الصفة الإدارية للعقد المبرم بين أحد المواطنين ، ومصلحة السياحة ، باعتبار أنه عقدا يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية ، من حيث اتصاله بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأخذه بأسلوب القانون العام المصرى [٣] .

---

[١] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – فى القضية رقم (٨٧٠) – لسنة (٥) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤١ .

[٢] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (١٦) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – فى القضية رقم (١٦٠٩) – لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

[٣] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – السنة العاشرة – ص ٣١٦ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

وأن : " عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية ، والتعليم ، وبين بعض المؤلفين ، هو عقدا إداريا ، لأنه يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرطا إستثنائيا " [١] .

وأن : " الإدارة تستمد إمتيازاتها فى مجال العقود الإدارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار ، وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة . . . " [٢] .

ويؤخذ المرفق العام فى هذا الشأن بأوسع معانيه ، حيث أنه لايتقيد بنوع معين من المرافق العامة .

فلاتقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية ، بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى ، لاسيما المرافق الصناعية ، والتجارية ، إذا توافرت فيها باقى الشروط الازمة لاعتبارها عقودا إدارية [٣] .

وعلى هذا ، يعتبر اتصال العقد بنشاط مرفق عام من مرافق الدولة هو أمرا لازما ، وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد . أما مدى هذا الإتصال ؟ . فهى مسألة موضوعية ، يراعيها القضاء المقارن فى كل حالة

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى السنة الثالثة عشر – ص ١٩٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

[٢] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر (١٩) ديسمبر سنة ١٩٨١ – فى الطعن رقم (١٩٤) – لسنة (٢٤) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

على حدة . بحيث إذا انبتت صلة العقد بالمرفق العام ، إعتبره القضاء المقارن من قبيل عقود القانون الخاص [(١)] .

وفى هذا الشأن ، يختلف إتجاه القضاء الإدارى المصرى عن نظيره الفرنسى . ففى حين اعتبر الأول أن العقود المبرمة من الأشخاص العامة ، لإدارة أموالها الخاصة ، هى من قبيل العقود المدنية ، لانقطاع صلتها بتسيير مرفق عام من مرافق الدولة [(٢)] . فإن القضاء الإدارى الفرنسى قد عدل عن هذا الإتجاه ، واعتبر أن عقود الإدارة فى إدارة دومينها الخاص يمكن أن تكون عقودا إدارية ، إذا توافر فيها الشرطين الآخرين **" أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام "** [(٣)] .

ولايشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على صورة معينة لاعتباره عقدا إداريا ، وإنما يكفى الإتصال على أى وجه كان – **سواء من حيث تنظيم المرفق ، أو استغلاله ، أو تسييره ، أو المعاونة ، والمساهمة فى ذلك** [(٤)] .

---

(١) أنظر : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٣ .

(٢) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – السنة الخامسة قضائية – ص ٧٨٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٣ .

(٣) أنظر : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٤ .

(٤) أنظر : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٤ .

فنجد أن هناك عقودا إدارية تتصل بتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة واستغلاله عن طريق اشتراك المتعاقد فى إدارة مرفق من مرافق الدولة – **كعقد الإمتياز ، وعقد الأشغال العامة** . ومن تلك العقود مايرتبط بالمرفق عن طريق المعاونة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة ، بتوريد مواد ، أو تقديم خدمات له – **كعقود التوريد** (١) .

فبالرغم من أهمية فكرة المرفق العام ، وأثرها فى أسس القانون الإدارى ونظرياته العامة . ومنها ، نظرية العقود الإدارية ، إلا أن ارتباط العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، لايكفى وحده لإضفاء الصفة الإدارية عليه بل يلزم توافر الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " . فإذا كان هذا الإرتباط ضروريا ، فإنه ليس كافيا ، لكى يكتسب العقد الصفة الإدارية (٢) .

والعنصر الثالث :

إختيار الإدارة لوسائل القانون العام Les elements exorbitans :

هذا هو الشرط الثالث فى العقد الإدارى ، وهو مايطلق عليه فقه القانون الوضعى الفرنسى معيار الشروط غير المألوفة . فى حين يفضل الفقيه الفرنسى : " **دى لوبادير** " تسميته : " **بمعيار العناصر غير المألوفة** " ، حيث يرى سيادته أن الأمر يختلف . فالشروط التعاقدية لابد وأن تكون نتاج اتفاق إرداتين . فى حين أن العناصر غير المألوفة فى عقود القانون الخاص يمكن

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

أن تقرر في اطار قانوني ، يكون خارجا عن إرادة طرفي العقد ، وتضاف إلى العقد – **وكما يحدث في العقود الإدارية** [١] .

وتلعب الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص دورا هاما في مجال العقود الإدارية . فمجرد وجودها في العقد يعطي إيحاء بأن طرفيه قد اتفقت إرادتيهما على إبرام عقد من العقود الإدارية .

فالشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص هي أهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري – سواء في فرنسا ، أو في مصر – للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام . أي أن الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص هي التي تدخل الصفة الإدارية على العقد . ومن ثم ، تعقد الإختصاص للقضاء الإداري ، وتدخل العمل القانوني في مجال تطبيق القانون الإداري [٢] .

ماهية الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص :

بالرغم من جهود فقه القانون الوضعي المقارن لتوضيح المقصود بالشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص ، من خلال تحليل الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن ، فإن العديد من النقاط المتعلقة بتلك الشروط مازال في حاجة إلى إيضاح . ولايرجع ذلك إلى ندرة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري المقارن ، بل إن الأمر عكس ذلك .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٥ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٦ .

فالأحكام القضائية كثيرة فى هذا المجال ، ولكنها - **ولأسباب عديدة** - لم تحسم هذا الأمر .

فالقضاء الإدارى المقارن إما أن يقرر بأن العقد لايشتمل على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، إذا رأى أنه من عقود القانون الخاص ، أو أن يعلن احتواء العقد على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، دون بيان لهذه الشروط . ومن ثم ، يعتبره عقدا إداريا . وأحيانا يقرر وجود شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص (١) .

فالشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص ينتج فى بعض الحالات عن إحالة الطرفين إلى بعض المصادر ، لتحكم الرابطة التعاقدية ، ويذكر ذلك بالعقد (٢) .

كما أن فكرة الشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص تتطابق مع السلطة الإستثنائية . ومع ذلك ، فإن هذه السلطة الإستثنائية لاتكفى لتحديد القيود بالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص (٣) .

والشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص هو :

ذلك الشرط الذى لايمكن أن نجده فى عقود القانون الخاص ، أو أنه شرطا غير مألوف فى مثل هذه العقود (٤) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٧ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٨ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

(٤) أنظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

وبمعنى آخر ، فإن الشرط غير المألوف هو :

ذلك الشرط الذى يبدو وكأنه أمرا خاصا بالقانون العام ، أو أنه طابعا لهذا القانون – سواء من حيث محتواه ، أو من حيث الهدف منه (١) .

وقد حاول فقه القانون الوضعى المقارن وضع مفهوما محددا لفكرة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أو الإستثنائية .

فذهب رأى إلى أن الشرط الإستثنائى هو :

ذلك الشرط الذى يعتبر باطلا ، إذا أدرج فى عقد من عقود القانون الخاص ، لمخالفته للنظام العام فى القانون الوضعى (٢) .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، و الإستثنائية :

تتجاوز فكرة السلطة ، أو الخروج عن المألوف ، والذى اعتاده الأفراد والجماعات ، وتتمثل أساسا فى الشروط وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام . ولذلك ، فإن تحديد ماهية هذه الشروط يرتكز على فكرتين أساسيتين :

الفكرة الأولى :

وتستمد من الطبيعة الفنية للعقود الإدارية .

والفكرة الثانية :

ناجمة عن وظيفة الإدارة فى تحقيق المصلحة العامة .

وتطبيقا لذلك ، تعتبر شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص وإستثنائية تلك التى تحيل إلى المبادئ ، والنظريات الخاصة بالعقود الإدارية

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

XALIME (M .) : Droit administratif . 1953 . P . 499 .

- **كنظرية الظروف الطارئة ، والتوازن المـــالى للعقـد** - وكذلــك ، تلــك الشروط التى تستوحى من اعتبارات النفع العام .

فالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، والإستثنائية تدور حــول فكرتين رئيسيتين ، وتنحصر فى طائفتين :

الطائفة الأولى :

وهى تلك الشروط التى تتسم بطابع السلطة العامة .

والطائفة الثانية :

وهى التى تخرج عن المألوف فى تعاقدات الأفراد ، والجماعات .

أولا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخـــاص ، والتــى تتسم بطابع السلطة العامة :

تتميز هذه الشروط بأنها تحمل طابع السلطة . ولذا ، فإنها تعتبر غريبــة على علاقات القانون الخاص ، إما لأنها تمنح الإدارة العامة سلطات إستثنائية ، فى مواجهة المتعاقد معها ، وإما لأنها تمنح المتعـــاقد مــع الإدارة العامــة بعض امتيازات السلطة العامة ، فى مواجهة الغير [١] .

(أ) :

الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامــة فى مواجهة المتعاقد معها :

تعد الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامــة ، فــى مواجهة المتعاقد معها من أهم مايميز العقود الإدارية ، فبمقتضاهــا تسـتطيع الإدارة العامة أن تحمل المتعاقد معها التزامات بارادتها المنفردة ، مما يجعــل

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كليــة الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٩ .

مركب طرفى العقد عندئذ غير متكافئ ، حيث يعد ذلك إخلالا بقاعدة المساواة بين المتعاقدين – والمعروفة فى عقود القانون الخاص .

فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة ، أو مزايدة عامة ، يلتزم بمجرد تقدمه للإدارة العامة . بينما لاتلتزم الإدارة العامة إلا فى وقت متأخر ، وقد لاتلتزم على الإطلاق . وفى بعض العقود ، قد تشترط الإدارة العامة شروطا هى من قبيل شروط الأفراد فى عقود القانون الخاص .

إلا أن أغلب الشروط التى تبرز امتيازات السلطة العامة تظهر أثناء تنفيذ العقد ، وهذه الشروط متعددة ، تمنح الإدارة العامة بمقتضاها سلطات لايمكن أن توجد فى عقود القانون الخاص [١] . ومنها :

المثال الأول :

الشروط التى تضمنها الإدارة العامة عقودها ، وتحتفظ بمقتضاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها – سواء بالنقص ، أم بالزيادة – وحقها فى الإشراف ، والرقابة ، ضمانا لحسن تنفيذ العقد .

المثال الثانى :

الشروط التى تخول الإدارة العامة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها ، فى حالة إخلاله بالتزاماته ، دون اشتراط وقوع ضرر ، أو الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

والمثال الثالث :

الشروط التى تقرر للإدارة العامة إمتياز التنفيذ المباشر " كاتخاذ الإجراءات الضرورية لحسن سير مرفقا عاما من مرافق الدولة – كالوضع

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٠ .

تحت الحراسة ، والحلول محل المتعاقد ، ووقف العقد فى حالـــة التقصـير وحق الإدارة العامة فى فسخ العقد ، بارادتها المنفردة [١] .

(ب) :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة سلطات إستثنائية فى مواجهة الغير :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامـــة ســلطات إستثنائية ، فى مواجهة الغير هى :

الشروط التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة ممارسة بعــض مظـــاهر السلطة التى تمارسها الإدارة العامة عادة ، بالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقـــد الإدارى [٢] . ومنها :

المثال الأول :

مايرد فى عقد التزام المرافق العامة من شروط تخول الملتزمين الحـــق فى اقتضاء رسوما معينة ، أو ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نـزع الملكية ، أو فرض ارتفاقات معينة .

والمثال الثانى :

الشروط التى ترد على عقد الأشغال العامة ، وتعطى المقـــاول ســلطة الإستيلاء المؤقت على العقارات ، أو شغلها مؤقتا ، فى حالة عـــدم الإتفـــاق وديا مع الملاك [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٩ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

ثانيا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص [١] :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص وإن كانت لاتتضمن أى مظهر من مظاهر السلطة العامة للإدارة العامة كطرف فى العقد ، فإنها مع ذلك تمثل وضعا غير مألوف فى العلاقات الفردية - **أى فى عقود القانون الخاص . ومنها :**

المثال الأول :

مايرد فى العقد ، ويفيد الإحالة إلى النظرية العامة للعقود الإدارية - كالأحكام المتعلقة بإعادة التوازن المالى إلى العقد ، أو نظرية الظروف الطارئة :

وهى شروطا لايمكن تفسيرها إلا فى اطار مبادئ ، وقواعد القانون الإدارى ، وهى شروطا ليست مستحيلة فى عقود القانون الخاص ، ولكن من غير المألوف إدراجها فيها ، وتلجأ الإدارة العامة لإدراجها فى عقودها لارتباطها بالقواعد التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية [٢] .

المثال الثانى :

الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

---

(١) فى دراسة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أنظر : عبد العظيم عبد السلام / منير عبد القدوس عبد الله - الظروف المختلفة التى تواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإدارى - دروس عملية لطلبة الفرقة الثالثة بكلية الحقوق - جامعة المنوفية - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥١ ، ٥٢ .

وعندئذ ، قد يكون العقد خاليا من أية شرط إستثنائي ، ولكنه يحيل فـــي بعض الأمور التى ينظمها – أو حتى فى كل تلك الأمور – إلى أحـــد دفـــاتر الشروط التى تنظم العقود الإدارية [١] .

ودفاتر الشروط هى :

عبارة عن شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقـــود الإداريـــة ، تقـــوم الإدارة العامة باعدادها مقدما ، وتضمنها دفاتر مطبوعة ، وتعتبر جزء مـــن العقد الإدارى بعد إبرامه ، ولكن الإحالة إلى دفاتر الشروط فى العقد لاتعطـى العقد الطابع الإدارى ، إلا إذا كان مضمون هذه الدفاتر ذاته ينطـــوى علـــى شروط إستثنائية غير مألوفة [٢] .

والمثال الثالث :

الشروط التى تجعل الإختصاص للقضاء الإدارى :

قد تضمن الإدارة العامة عقودها نصوصا تشير إلى انعقاد الإختصـــــاص للقضاء الإدارى ، فى حالة نشأة منازعات عن أحد عقودها ، وهذه الشـــروط لاتكفى وحدها لاعتبار العقود المبرمة عندئذ من العقود الإدارية [٣] .

وإذا كان للمتعاقدين حرية اختيار أسلوب القانون العام ، أو أسلوب القـــانون الخاص فى إبرام عقودهم . إلا أن الإتفاق بيـــن الإدارة العامـــة ، والأفـــراد

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٢ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٢ .

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٣ .

لايمكن أن يعدل قواعد الإختصاص القضائى ، لأنها قواعد تتعلــق بالنظـام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لذلك ، فإن شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعـات العقـد لايكون له تأثير على طبيعة العقد ، فهو يكون عديم القيمة ، إذا كانت طبيعـة العقد الخاصة واضحة (١) .

وتبدو أهمية شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقـد إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة . بمعنى ، أن العقد الذى ورد به الشـرط **قد يكون خاصا** ، أو إداريا - **بنـاء علـى إرادة المتعـاقدين** - إذا كـانت الشروط الأخرى غير قاطعة الدلالة فى تأكيد طبيعة العقد . وعندئذ ، يكـون شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقد - **وبالإضافـة إلى القرائن الأخرى** - العامل الحاسم فى إبراز صفة العقد الإدارية (٢) .

ثالثا :

إشتراك المتعاقد مع الإدارة العامة فى تسيير المرفق العام :

إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخـاص ، أو من الإحالة عليها ، فإن العقد يكون إداريا إذا كان من شأنه أن يـؤدى إلـى إشراك المتعاقد مباشرة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة . وعلى هـذا فقد استقر القضاء الإدارى المقارن على أن عقد امتياز المرافق العامـة هـو دائما عقدا إداريا ، لأنه يؤدى إلى اشتراك الملتزم فى إدارة مرفقا عاما مـن مرافق الدولة بنفسه (٣) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كليـة الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٨٦ ، جمال عثمان جبريل - العقود الإداريـة - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

هذه هى الشروط الأساسية التى يجب توافرها فى العقد ، حتى يمكن إعتباره عقدا إداريا ، وهى شروطا تتفق عليها غالبية فقه القانون الوضعى المقارن . كما تمثل الإتجاه الغالب فى القضاء الإدارى المقارن ، سواء فى فرنسا ، أم فى مصر (١) .

ولكن هذا الإتفاق لم يمنع جانب من فقه القانون الوضعى المقارن من أن يتجه إلى الإكتفاء فى هذا الشأن بشرط وحيد ، ألا وهو الشروط الإستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، مهدرين بذلك شرط المرفق العام ومؤكدين أن العقد يصبح إداريا إذا تضمن هذه الشروط الإستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، بغض النظر عن علاقته بمرفق عام من مرافق الدولة . وقد وجد هذا الرأى صداه فى بعض أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ، بل إن بعض أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك ، فذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الإدارة العامة على شروط إستثنائية غير مألوفة يجعل هذا العقد إداريا ، ولو كان منبت الصلة بمرفق عام من مرافق الدولة (٢) .

---

(٣) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٤ ، ٥٥ .

(١) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، ص٩١ ومابعدها ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

الباب الرابع ، والأخير
الإتفاق على التحكيم للفصل
فى منازعات العقود الإدارية .

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى فصليـــن وذلــك على النحو التالى :

الفصل الأول :

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامـــة لإبـــرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فـــى القـــانون الوضعـــى الفرنسى .

والفصل الثانى :

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة لإبـــرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فـــى القـــانون الوضعـــى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة لإبـــرام الإتفـــاق على التحكيم - شرطـــا كان ، أم مشارطـــة - فـــى القانـــون الوضعـــى الفرنسى [١]

كانت المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تقضـــى **بعدم جواز إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة -- للفصـــل** فى المنازعات التى كان القانون الوضعى الفرنسى يشترط إبلاغـــها للنيابـــة العامة الفرنسية ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفـــراد عـــاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقـــها ، والفصـــل فـــى موضوعها** - وقد حددت المادة (٨٣) من مجموعة المرافعـــات الفرنسـية السابقة هذه المنازعات ، وذكرت من بينها المنازعـــات التـــى تكـــون أحـــد أطرافها الدولة الفرنسية ، أو الدومين العام ، أو البلديـــات ، أو المؤسســـات العامة الفرنسية . ومن ثم ، فإن الدولة الفرنسية ، والأشـــخاص الإعتباريـــة العامة الأخرى الفرنسية كان يحظر عليها في فرنسا إبرام اتفاقـــات التحكيـــم بنوعيها - **شرطا كان ، أم مشارطة** [٢] .

---

[١] أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـــها - ص ١٦٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيـــم فى العلاقـــات الدوليـــة الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١١٨ ومابعدها .

[٢] فى دراسة ى أحكام نظام الإنفصال الجثمانى فى فرنسا ، أنظر :
ALEX WEILL - FRANCOIS TERRE : op. cit., p. 447 et s.

وقد كان القضاء الفرنسى **يطبق** هذا الحظر بشكل طبيعى قبل تعديل القـــانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن – استنادا إلى نـــص المـــادتين (١/٨٣) ، (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [١] .

علاوة على ذلك ، فإن مجلس الدولة الفرنسى – **و منذ وقت مبكـــر** – كـــان يستند على هذا النص القانونى الوضعى ، لكى يستنبط المبدأ العام ، والخـلاص بمنع الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية من الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفـــاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفـــراد عـــاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصـــة بتحقيقـــها ، والفصـل فـــى موضوعها** [٢] .

وظل هذا الحظر معمولا به فى قضاء مجلس الدولة الفرنســـى منـــذ ذلـــك الوقت [٣] .

---

(١) أنظر :

C . E. 1 Mai . 1883 . Ville D'Aix – les – Batns ; Cass . Req . 25 Janv . 1926 . D . H . 1926 . 99 ; Trib . Civ . Seine . 25 Juin 1959 : Rev . Arb . 1960 . P . 30 .

وانظر أيضا : إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولـــة – المقالـــة المشار إليها – ص ٤ .

(٢) أنظر :

J . M . AUBY et R . DRAGO : Traite du contentieux administratif . 3e ed . L . G . D . J . 1984 . N . 20 et s .

(٣) أنظر :

Cons d'Etat . 17 Juillet . 1896 . COLOUZARD : IEBON . P . 584 ; 13 Dec . 1957 : national de vente des surplus : IEBON . p . 678 ; J . C . P . it . MOTULSKY ; D. 1958 . 517 . conci . BAZIER , Note : IHUILLIER ; 20 Mai . 1966 . MEUNIER . P . 373 .

مشارا لهذه الأحكام القضائية فى :

Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1204 . ou commercial . Fasc . 212 . P . 9 .

ويكمن أساس هذا المنع فى طابع النظام العام الفرنسى للإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا ، فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى القرن التاسع عشر على خروج منازعات الأشخاص الإعتبارية العامة من اطار نظام التحكيم ، إذ لايمكن إخراجها من اختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا ، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى .

وفى عام ١٩٥٠ ، بذل فقه القانون الوضعى الفرنسى جهدا كبيرا ، لكى يصل إلى أن المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – تستطيع إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .**

فالحجة المستمدة من الإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا والمتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى لايمكن الإستناد إليها لاستبعاد إمكانية إبرام المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – إتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فالمؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – تمارس نشاطا خاصا ، يكون خاضعا لقواعد الإدارة الخاصة [١] ..

ولمزيد من التفاصيل ، أنظر :

MOTULSKY : La capacite de compromettre des etablissement publics a contrats commercial a propos de l'arret societe national de vente surplus . Rev . Arb . 1958 .

[١] أنظر :

ومع ذلك ، فقد أصرت محاكم القضاء الإدارى في فرنسا على منع المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . ويرجع سبب المنع هذا ، إلى أن النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى يكون مرتبطا بأفعال السلطة العامة ، وأن المحاكم الإدارية فى فرنسا تختص إختصاصا قضائيا قاصرا ، بنظر المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام [١] .

إلا أن هذا القضاء كان محل انتقاد من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى [٢] .

ولم تتردد محكمة استئناف باريس فى اتخاذ موقفا مستقلا ، معلنة أن منع المؤسسات العامة الفرنسية من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** "

P . DURAND : Le Reglement par voie transaction et d'arbitrage des differends de droit prive intersant les etablissements publics de caractere industriel et commercial . Droit social . 1949 ; HOUIN : La gestion des enterprises publique et les methodes de droit commercial . Arch . Phil . Droit . 1952 . 79 et s

(١) أنظر :

13 Dec 1957 . Societe national de vent des surplus . D . 1958 . 517 .

(٢) أنظر :

MOTULSKY : L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit publics . Rev . Arb . 1956 . 38 et s ; La capacite de compromettre des etablissement publique a caractere commercial . Rev . Arb . 1958 . 39 ets ; J . ROBERT : Note sous Trib . des confilits . 19 Mai . 1958 . D . 1958 . 699 .

عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية **- دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها -** لاينطبق على الدولة الفرنسية . فحظر التحكيم لاينصرف إلى اتفاقات القانون الوضعى الخاص الفرنسى ذات الطابع الدولى [١] .

وبمعنى آخر ، فإن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها** -لايتعلق بالنظام العام الدولى ، ولكنه ذو إطار داخلى .

ومن ثم ، فلامانع من أن تخضع مؤسسة عامة فرنسية اتفاقها لقانون وضعى أجنبى يجيز لها الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فالدولة الفرنسية

---

(١) أنظر :

JEAN ROBERT . D . 1925 . P . 699 .

وانظر أيضا :

Paris . 10 Avril . 1957 . D . 1958 . 699 . Note : J . ROBERT .

صحيح أن هذا الحكم القضائى كان قد صدر بخصوص نزاع ذات طابع دولى . ومع ذلك ، فإن صياغته يمكن أن تترك مجالا للإعتقاد بأن المبدأ الذى اعتنقته محكمة باريس كان له صفة العمومية . وفى حكمين قضائيين صادرين عن محكمة Aix – en – Provence ، ومحكمة باريس إعتمدا نفس الحل الذى اعتنقته محكمة باريس فى حكمها القضائى المتقدم ذكره ، ولكن دائما فى مادة التحكيم الدولى . أنظر : **أشرف عبد العليم الرفاعى** - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

تستطيع فى عقودها الدولية – **والتى تعد بطبيعتها ، ووفقا لشكلها من عقود القانون الوضعى الخاص الفرنسى** – أن تتنازل عن حصانتها القضائية .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية شرعية شرط التحكيم الموقع من قبل الأشخاص العامة الفرنسية فى العقود الدولية ، وأن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – الوارد فى المادتين (٨٣) ، (١٠٠٤) **من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لايتعلق بالأهلية بالمعنى الوارد فى نص المادة (٣) من القانون المدنى** الفرنسى [١] .

فالقضاء الفرنسى قد قضى بأن الحظر الوارد على الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – **تخص** فقط اتفاقات التحكيم الداخلية ، ولاتمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية ، على أساس أن النصوص القانونية الوضعية الفرنسية التى تحظر على الدولة الفرنسية ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى أن تبرم اتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة** ، أو القائمة لحظة **إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها**

---

(١) أنظر :

Cass. Civ. 1. 14 Avril. 1964. D. 1964. 637. Note : J. ROBERT

والفصل فى موضوعها – يجوز مخالفتها ، حيث لاتعد من قبيل النظام العام الدولى .

فالمسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين ، لكى يستبعد بموجب قواعد التنازع تطبيق أحكام القانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن ، وليطبق أحكام قوانين وضعية أخرى ، تجيز صحة الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى . بل ويمكن استبعاد منهج التنازع كلية ، وتقرير قاعدة موضوعية من قواعد قانون التحكيم الدولى . مؤداها ، صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، **أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة** الفرنسية الأخرى ، للفصل فى منازعات التجارة البحرية الدولية ، ودون اعتبار للقانون الوضعى الداخلى الفرنسى ، أو القانون الوضعى الأجنبى المطبق على نظام التحكيم المتفق عليه [1] .

وقد أكد تقرير وزير العدل الفرنسى إلى رئيس الوزراء فى فرنسا أن القواعد التى وضعتها محكمة الإستئناف ، لتسهيل الإلتجاء إلى التحكيم الدولى ليست محلا لإعادة النظر ، لأن أحكام قانون التحكيم الدولى فى فرنسا لاتتعلق بالإجراءات ، ولاتؤثر على المبادئ التى وضعتها المحكمة فيما يتعلق بالتحكيم الدولى ، وهذا الأمر يتعلق بصفة خاصة باتفاق التحكيم الدولى حيث لايمكن وضع عقبة فى وجهه ، لأن هذا الإتفاق قد أبرم من قبل الدولة الفرنسية ، أو شخص إعتبارى عام – **أى من أشخاص القانون العام الفرنسى** – وقد كان من الصعب إعادة النظر فى هذه القواعد للأسباب الآتية

---

(١) أنظر :

Paris . 10 Avril . 1957 . Clunet . 1958 . P . 1002 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 14 Avril . 1964 . Clunet . 1965 . P . 646 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 2 Mai . 1966 . Clunet . 1966 . P . 648 . Note : LEVEL .

وراجع كذلك الأحكام القضائية العديدة المشار إليها فى : **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٣٤ ومابعدها .

السبب الأول :

أن الإلتجاء إلى التحكيم قد أصبح أمرا عاديا ، وقد أصبحت القاعدة فى التجارة الدولية التى تشارك فيها الدولة الفرنسية ، ومؤسساتها العامة الأخرى أن تتضمن العقود شروطا تحكيمية .

والسبب الثانى :

أن الدولة الفرنسية قد تعهدت بموجب اتفاقية دولية أن تحترم الإلتزامات التى أخذتها على عاتقها فى مادة التحكيم (١) ، (٢) .

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أى نص حول أهلية الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - فقد تركت الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها هذه المسألة للقانون الوضعى الذى يطبق على الأطراف المحتكمين " أطراف

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . P. 248 .

(٢) فى دراسة أحكام أهلية الإلتجاء إلى شرط التحكيم فى صدد العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر :

CHRISTIAN BONHAMME : La sentence arbitrale de droit international prive . These . d'Aix – en – provence . 1964 . P . 34 et s ; EMIL – TYAN : Le Droit Francais de l'arbitrage . P . 60 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . 1972 . N . 12 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Troisieme edition . N . 9 , 10 , P . 20 et s .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٩ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم " ، حيث قررت رفض الإعتراف بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتنفيذه ، إذا أقام المطلوب التنفيذ ضده الدليل على أن أطراف الإتفاق على التحكيم كانوا – **وطبقا للقانون الوضعى الذى ينطبق عليهم** – فى إحدى صور عدم الأهلية ، وهذا يقرر أن لكل دولة متعاقدة أن تأخذ فى هذا الموضوع بالقاعدة التى تقررها ، دون أى التزام دولى عليها ، فيما يختص بما إذا كانت الدولة المتعاقدة تملك ، أو لاتملك سلطة إبرام اتفاقات تحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** [1] .

فاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية لم تورد أية قواعد موضوعية فى هذا الشأن ، واكتفت أعمالها التحضيرية بايضاح أن مؤتمر الأمم المتحدة الذى أعد الإتفاقية حرص فقط على تأكيد أمر واحد ، ألا وهو استبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا فى اتفاقات التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فكافة الأشخاص الطبيعيين – **وأيا كانت جنسياتهم ، أو مكان توطنهم** – يجوز لهم الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** "

---

[1] أنظر :

R . DAVID : L'Arbitrage dans le commerce international . 1982 . P . 249 .

وانظر أيضا : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٣٢٠ ، ٣٢٣١ .

عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون **المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها .**

وتحت عنوان أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم نصت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١ ، في الفقرة الأولى ، من مادتها الأولى على أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل في منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو **القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** - إلا أنها عادت وقررت في فقرتها الثانية ترك تحديد هذه المسألة ، وتقرير شروطها ، ونطاقها إلى الدول الموقعة على الإتفاقية .

كما أن القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ لم يتضمن أى نص حول مسألة أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم ، ولكن يتضح من خلال نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى منه - **والتى تنص على أنه :**

" لايمس هذا القانون أى قانون آخر للدولة التى تتبناها لايجيز بمقتضاها الفصل فى منازعات معينة عن طريق التحكيم ، أو لايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون "

- عدم مساس القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ بالقواعد القانونية ، أو المبادئ القضائية للدولة التى تتبنى هذا القانون النموذجى ، فيما يتعلق بمسألة سلطة الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة فى إبرام اتفاقات تحكيم - **شروطا كانت** ، أم مشارطات - للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو

هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** [١] .

وفيما يتعلق بتحديد طبيعة البطلان الناتج عن مخالفة منع أشخاص القانون العام الفرنسي من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل في منازعاتها **" المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم "** عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية **- دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها - - هل هو بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام الفرنسي ، أم أنه يكون بطلانا نسبيا يتعلق بالمصلحة الخاصة بالطرف في الإتفاق على التحكيم** - فإن البطلان **في هذه الحالة يكون بطلان مطلقا ، متعلقا بالنظام العام الفرنسي ، بحيث يستطيع كل طرف من الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أن يتمسك به ، ويجوز للقاضي الفرنسي أن يحكم به من تلقاء نفسه** [٢] .

---

[١] في دراسة أهلية الدولة ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات ، للفصل في منازعاتها منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها - في المعاهدات الدولية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

[٢] أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

وانظر أيضا :

Trib . Civ . haxbebrouck . 5 Avril . 1890 . D . P . 1890 . D . P . 1893 . 2 . 254 ; Trib . Civ . Nevers. 1e Mars . 1891 . D . P . 1892 . 2 . 215 .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٧ .

وقد استمر منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظـة بـرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عـاديين أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصـل فـى موضوعها** - حتى بعد التعديلات التشريعية الحديثة ، والتى أدخلـت علـى القانون المدنى الفرنسى فى عام ١٩٧٥ . إذ تولت المـادة (٢٠٦٠) مـن القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقـم (٧٥-٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩** - تحديد المنازعـات التـى لايجـوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وهى : مسائل الحالـة ، والأهليـة ، وتلك المتعلقة بالطلاق ، والإنفصال الجسمانى [1] ، أو المنازعـات المتعلقـة بالهيئات العامة ، والمؤسسات العامة . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيـم فـى المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكـن التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصنـاعى ، والتجـارى بـالتحكيم بموجب مرسوم .

فتنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :

" **لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم فلى مسـائل الحالـة المدنيـة وأهليـة الأشخاص ومايتعلق بالطلاق والإنفصـال الجسـدى ، وكذلـك فـى شـأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة ، وبوجـه عـام فـى كـل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام** " .

كما قرر القانون الوضعى الفرنسى رقم (٥٩٦) لسنة ١٩٧٥ إضافة فقـرة جديدة للمادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى ، ونصها كالتالى :

---

(١) أنظر :

VEDEL : Droit Administratif . ed . 1984 . P . 613 .

" ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى- بموجب مرسوم - بأن تلجأ للتحكيم " .

فالتحكيم بصورة عامة ، كان - **ولازال** - محظورا فى فرنسا فى حدود طوائف معينة من العلاقات القانونية ، بصريح نص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥-٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩ - بحيث لايجوز** بالنسبة لهذه المسائل الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة بسببها ، أو بمناسبتها **سواء فى صورة شرط للتحكيم ، أو مشارطته .**

فيحظر التحكيم فى شأن المنازعات **التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو بالهيئات** ، والمؤسسات العامة الفرنسية ، **ويشترط** بالنسبة للمشروعات العامة الصناعية ، والتجارية الفرنسية ، أن يرخص لها بمرسوم ، للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتها [١] .

وبالرغم من إلغاء نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، واستبدالها بمجموعة المرافعات الفرنسية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠، والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا .**

إلا أن منع الدولة الفرنسية ، والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، مازال ساريا ، إعمالا لنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥- ٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩** - والذى يقرر عدم إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " المتعلقة

---

[١] أنظر :

VICTOR HAIM : **Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs . A . J . D . A . 20 Mai . 1992 . P . 318 .**

بالأشخاص العامة ، والمؤسسات العامة الفرنسية . **والأشخاص العامة الفرنسية هى** : الدولة الفرنسية ، وأقاليمها الإدارية . **والمؤسسات العامة الفرنسية تعنى** : الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية ، والمؤسسات الصناعية ، والتجارية الفرنسية . ومن ثم ، فإن منع الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من إبرام اتفاقات تحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - لازال ساريا فى النصوص القانونية الوضعية الفرنسية [1] .

(١) أنظر :

A . MESTRE : Les etablissements publics industriels et Recours a l'arbitrage . Rev . Arb . 1976 . P . 3 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢١ ومابعدها ، ص ١٣٤ ومابعدها .

الفصل الثانى

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة لإبــرام الإتفــاق علــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطـــة - فى القانــون الوضعى المصرى [(١)] .

كانت المواد (٥٠١) - (٥١٣) مـــن قـــانون المرافعـــات المدنيـــة والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **وقبل إلغائها بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية** - تنظم أحكام ، وإجراءات الفصل فى المنازعات المدنية ، **والتجارية** عن طريق نظام التحكيم ، وفى ظل العمل بتلـــك المـــواد كانت مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** -

---

(١) فى دراسة التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، أنظر :

RENE CHAPUS : **Droit du contentieux administratif . N . 205 et ss ; G . MATTEL – DEWANCE** : **L'abritage en droit public . 1987 .**

وانظر أيضا : **محمد كمال منير** – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقـــود الإدارية – مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية – السنة الثالثة ، والثلاثون – العدد الأول – يونيو ســـنة ١٩٩١ – ص ٣٣٩ ومابعدها ، **أحمد شرف الدين** – التحكيم فى منازعات العقود الإداريـــة – ١٩٩٣ – مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٦ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفـــاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليـــها – ص ١٨١ ومابعدهـــا ، **إبراهيم على حسن** – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة محـــاضرات ألقيـــت فى الدورة التدريبية الأولى فى التحكيم ، والتى نظمتها هيئة قضايا الدولة فى الفترة مـــن (١٤) إلى (١٩) سبتمبر سنة ١٩٩٦ – مجلة هيئة قضايا الدولة – السنة الحادية ، والأربعون – العدد الثـــانى – أبريـــل – يونيو سنة ١٩٩٧ – ص ص ١ – ٢٨ .

فى منازعات العقود الإدارية مثارا للخلاف فى الرأى ، وصدرت فى خصوصها أحكاما قضائية ، وفتاوى ، تباينت الآراء فيها .

حيث صدرت أحكاما من القضاء الإدارى فى مصر لاتقر صحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات المدنية والتجارية عن طريق نظام التحكيم [١] .

فقد بدأ عرض مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى منازعات العقود الإدارية على محكمة القضاء الإدارى " **دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات** " فى مصر فى الدعوى القضائية المعروضة عليها رقم (٤٨٦) لسنة (٣٩) القضائية ، والمرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير ، والإنشاءات السياحية ، فى ١٩٨٤/١٠/٢٨ ، ضد السيد وزير الإسكان ، والمرافق ، وآخرين . وانتهت الطلبات القضائية النهائية للشركة المدعية بجلسة ١٩٨٦/٣/١٦ فى مواجهة الحاضر عن الحكومة بإلزام وزارة الإسكان بتعيين محكما عنها ، للفصل فى المنازعات القائمة بين الشركة المدعية ، والحكومة المصرية ، طبقا لأحكام عقد امتياز هضبة المقطم .

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى أنه إزاء صراحة نص البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ - **والملحق بعقد استغلال منطقة قرية المنتزه ، واستصلاح ، وتعمير منطقة جبل المقطم ، والمبرم فى (٩) من نوفمبر سنة ١٩٥٤** - فإنها تقضى بما طلبته الشركة من الزام الحكومة المصرية بتعيين محكما عنها فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى النزاع القائم بينهما فى خصوص تنفيذ عقد الإمتياز ، إعمالا لما ارتضاه طرفاه ، والتقت عليه إرادتيهما .

---

(١) فى انتقاد قضاء مجلس الدولة المصرى بعدم جواز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى المنازعات الإدارية ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

وبناء عليه ، فقد صدر حكم محكمة القضاء الإدارى بإلزام المدعــى عليـه الأول بصفته وزير الإسكان ، والمرافق بتعيين محكما عنه فى هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمنصوص عليها فى البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ .

وقد طعنت هيئة قضايا الدولة نيابة عن السيد وزير الإسكان ، والمرافق فـى الحكم القضائى المتقدم ذكره أمام المحكمة الإدارية العليا ، حيث قيد الطعـن برقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية ، وطلبت فى ختام طعنـها الحكـم بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وبرفض الدعوى القضائيـة . وقدمـت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى ، إنتهت فيه إلى الـرأى بقبـول الطعن شكلا ، ورفض بشقيه المستعجل ، والموضوعى .

وقد رأت المحكمة الإدارية العليا أنـه : " **القـاعدة أن المشـرع الوضعـى المصرى يكون منزها عن السهو ، والخطأ ، فإنـه ينبغـى تفسـير البنـد الخامس من الإتفاق المشار إليه ، بمـا لايـهدم خصـائص العقـد الإدارى ولابما يزيل إختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر المنازعـات المتعلقـة بذلك العقد . إذ أن اختصاص مجلس الدولـة المصـرى ورد فـى قـانون موضوعى مصرى . بيد أن منح التزام المرافق العامة ، فهو من الأعمـال الإدارية التى تقوم بها السلطة التشريعية ، كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية ، وهذه الأعمال ليست قوانين ، من حيث الموضوع ، وإن كـانت تأخذ شكل القانون الوضعى المصرى . . . . ويترتب علـى ذلـك ، أنـه لايجوز أن يخالف هذا العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى ، وإن كانت السلطة التى تصدرها واحدة . إذ أن من القواعد المقررة فى القـانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة ، لاتملك مخالفتها بأعمـال فردية وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى . ومع القول جدلا بـأن المـادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى رقـم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تنطبق فى مجال العقود الإدارية ، فقد تضمن نـص فقرتـها**

الأخيرة أنه لايصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه ، ولايملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعى خاص ، إلا بعد استصدار قانون وضعى مصرى آخر يجيز له ذلك . والحكم القضائى المطعون فيه قد ذهب إلى غير ذلك . ومن ثم ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون الوضعى المصرى . وعليه ، فقد قضت بجلستها المنعقدة فى (٢٠) فبراير سنة ١٩٩٠ إلى إلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، والصادر من محكمة القضاء الإدارى ، فى الدعوى القضائية المرفوعة إليها رقم (٤٧٦) لسنة (٣٩) القضائية " .

كما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى إحدى الدعاوى القضائية المرفوعة إليها [١] ، والتى تتعلق بأحد عقود المقاولات الإنشائية " **نفق الشهيد أحمد حمدى** " ، بأن هذا العقد من العقود الإدارية ، وبأنه لايجوز سلب إختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذا العقد ، بموجب نصا فيه ، ليسند هذا الإختصاص إلى هيئة تحكيم ، يتم اختيارها بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ويتعين الإلتفات عن هذا النص العقدى ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى أناطت الإختصاص بذلك لمحاكم مجلس الدولة فى مصر ، دون غيرها .

وقضت محكمة القضاء الإدارى برفض الدفع الذى أبداه المدعى باختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والمنصوص عليها فى البند العاشر من العقد** - بالفصل فى أى نزاع ينشأ

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر " دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات " - الصادر فى ١٩٩٠/١/٣٠ - فى الدعوى القضائية رقم (٥٤٢٩) - لسنة (٤٢) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٨٧ - فى الهامش ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٢ .

بين أطراف العقد ، دون محاكم مجلس الدولة في مصر . حيث قالت المحكمة في حكمها : " **أن هذا القول مردود عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :**

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص يكون واردا – كقاعدة عامة – في قانون موضوعي . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون الوضعي المصري " .**

فقد انضمت محكمة القضاء الإداري في حكمها القضائي المتقدم ذكره إلى ماانتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر من حظر الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، حيث قضت برفض الدفع الذي أبداه المدعي في الدعوى القضائية باختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمنصوص عليها في العقد ، وقالت المحكمة أن هذا القول مردودا عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :

" **تخص محاكم مجلس الدولة المصري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :**

" **أولا " : . . . " حادي عشر " المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر** " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة في مصر هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص القضائي يكون واردا – **كقاعدة عامة** – في قانون موضوعي مصري . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون الوضعي المصري . وعليه ، فلايحق للجهة الإدارية

أن تأتي ، وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تنص على تشكيلها واختصاصها بالفصل فى أية نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى ، والتى ناطت الإختصاص القضائى بذلك إلى مجلس الدولة المصرى - **دون غيره** .

وقضت محكمة القضاء الإدارى بجلسة ١٩٩٦/١/٢٨ فى الدعوى القضائية رقم (٤١٨٨) لسنة (٤٨) ق ، والتى كان قد أقامها وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد ممثلى مجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا ، طالبا الحكم ببطلان حكم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٥ ، فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ ، والمرفوعة من المدعى عليهم فى الدعوى القضائية ضد المدعى فيها ، أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى .

وقد دفعت وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية ببطلان شرط التحكيم وبعدم اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر الدعوى القضائية ، لتعلقها بعقد إدارى ، لاشبهة فيه بين الطرفين - وهو عقد أشغال عامة ، متضمنا عقد توريد ، مما يختص بنظر منازعاته مجلس الدولة المصرى .

إلا أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد قضت برفض الدفع المبدى من وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها - **موضوع الإتفاق على التحكيم** وقد رأت محكمة القضاء الإدارى - ومن استعراضها لوقائع الدعوى القضائية ، وقانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى - أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على

التحكيم لاتنتهى به الخصومة ، كما أنه من غير الحالات التى يجوز الطعن فيها ، إستثناء من القاعدة العامة أثناء سير الدعوى . وقررت المحكمة أنه حيث لم تنته الخصومة بعد فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ - والصادر فيها الحكم فى الدفع محل النزاع - فمن ثم ، فإنه يكون من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى ، وهو ماصدر به الحكم فى الدعوى سالفة الذكر .

كما صدر عن المحكمة الإدارية العليا فى مصر حكما قضائيا [١] ، [٢] يقضى بعدم جواز الإتفاق على مايخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، والتى تجعل الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطا بمحاكم مجلس الدولة فى مصر ، بموجب البنود التى قد ترد فى العقد الإدارى ، ويتفق فيها أطرافه على الفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقد بطريق التحكيم الإختيارى على اعتبار أن ذلك يعتبر تعديلا لاختصاص مجلس الدولة فى مصر والذى ورد فى قانون موضوعى . ومن القواعد المقررة فى القانون العام أنه لايجوز مخالفة القاعدة العامة بأعمال فردية ، وإن كان يجوز تعديلها بقاعدة عامة أخرى . فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى وتضمن العقد الإدارى الذى

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - فى جلستها المنعقدة فى ١٩٩٠/٢/٢٠ - فى الطعن رقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٢٩ ومابعدها ،

[٢] وقد تأيد هذا الحكم القضائى الصادر من المحكمة الإدارية العليا فى مصر بحكمها القضائى الصادر فى الطعنين رقمى (١٦٧٥) ، (١٩٥٦) - لسنة (٣٠) قضائية - بجلستها المنعقدة فى ٣/٢٣ /١٩٩٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية - برئاسة المستشار / طارق البشرى - الجزء الأول - الفترة من أول أكتوبر سنة ١٩٩٦ ، وحتى آخر ديسمبر سنة ١٩٩٦ - ص ١٥١ .

تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى خولت الإختصاص بذلك إلى محاكم مجلس الدولة فى مصر - دون غيرها .

كما كان قد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - **وفى العديد من الفتاوى** [1] ، [2] - أن أفتت بجواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، **بحيث يحق للجهة الإدارية أن تأتى وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد** ، على سند من أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز إلتجاء جهة الإدارة إلى نظام التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعاتها العقدية " **إدارية كانت ، أم مدنية** " ، حينما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على إلزام أية وزارة ، أو هيئة عامة ، أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم ، أو تقبل ، أو تجيز أى عقد

---

[1] بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ - ملف رقم (٢٦٥/١/٥٤) . مشارا إليه فى : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٣٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

[2] وبجلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ، تأييدا لفتاوها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/٧ .

أو صلح ، أو تحكيم ، أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة ألاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة المصرى .
ولأنه لو كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أمرا محظورا على جهة الإدارة العامة ، ما كان المشرع الوضعى المصرى قد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق ، أو تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على مجلس الدولة فى مصر ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشريع وضعى خاص ينظم التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود ، والتى تكون جهة الإدارة العامة طرفا فيها ، فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته - والواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية وأنه ليس مؤدى هذا الإتفاق سلب الولاية المعقودة للقضاء الإدارى فى مصر فى هذا الشأن ، لأن المقصود من نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة المصرى ، ومحاكم القضاء العادى فالنص فى المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة االمصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر - **دون غيرها** - بالمنازعات الخاصة بالعقود ، قصد به التأكيد على استبعاد أى اختصاص لمحاكم القضاء العادى بمثل هذه المنازعات ، وهو اختصاصا كان قائما فى بعض القوانين الوضعية السابقة على قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، فأراد المشرع الوضعى المصرى بهذا النص القانونى الوضعى أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ، ومنازعات العقود الإدارية ولكنه لم ينكر حق الأطراف ذوى الشأن فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم خاصة - **تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا**

كان ، أم **مشارطة** – إعمال القواعد القانونية الموضوعية ، والتى تطبق على العقود الإدارية .

فيمناسبة مراجعة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصرى لعقد بين وزارة التعمير ، والمجتمعات العمرانية الجديدة ، ومجموعة العمارة والتخطيط ، لاحظت اللجنة وجود شرطا فى العقد يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه – **تنفيذا** ، أو **تفسيرا** – فأحالت الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشويع بمجلس الدولة المصرى ، لتقرر مدى جواز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وقد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٩/٥/١٧ ، فاستعرضت نصوص المواد (١٦٧) ، (١٧٢) من الدستور المصرى الدائم ، (٥٠١) – (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ – **ونصها كالتالى :**

" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

. . . "

حادى عشر : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر . . . . " – (٥٨)) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ – **ونصها كالتالى :**

" يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة . . . .

وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات المبينة بالفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية .

ولايجوز لأى وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة " .

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى أن نظام التحكيم هو :

الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ، ليفصلوا فيه – بدلا من المحكمة المختصة – بحكم ملزم للخصوم ، ويقوم على : إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع الوضعى لهذه الإرادة .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أن قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى قد أجاز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – فى المواد (٥٠١) ومابعدها . كما أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة العامة إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتها العقدية " **إدارية ، أم مدنية** " . وأنه لو كان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أمرا محظورا على الإدارة العامة ماكان المشرع الوضعى المصرى قد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق وتنفيذ حكم المحكمين الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على مجلس الدولة المصرى ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشريع وضعى خاص فى مصر ينظم الإلتجاء إلى نظام التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعات العقود التى تكون جهة الإدارة العامة طرفا فيها – **سواء المدنية ، أم الإدارية** – فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم ، واجراءاته – والواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المواد (٥٠١) – (٥١٣)** " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية .

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـرى بالجلسة المذكورة إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كـان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود الإدارية [١] .

وقد أعادت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصـرى عـرض ذات الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـريع بمجلـس الدولة المصرى ، بمناسبة مراجعتها للعقـد المبرم بيـن وزارة الأوقـاف ومركز الأهرام للتنظيم ، والميكروفيلم لمؤسسة الأهـرام ، حيـث ورد بـه **شرطا يقضى بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى أى نزاع يمكن أن ينشـأ أثناء تنفيذ هذا العقد .**

وقد عرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـريع بمجلس الدولة المصرى ، بجلستها المنعقدة فى (٧) من فبراير سـنة ١٩٩٣ فتمسكت بفتواها السابقة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، ، فى خصوص مدى جـواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم - شـرطا كـان ، أم مشـارطة - للفصـل فـى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، والتى انتهت فيـها إلـى جواز ذلك ، وفقا لما سبق بيانه .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـرى بخصوص طلب الرأى المعروض عليها أن المشرع الوضعـى المصـرى - **وبنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسـنة ١٩٧٢ والذى قضى باختصاص محـاكم مجس الدولـة المصـرى دون غيرهـا بالمنازعات الخاصة بالعقود** - أراد أن يقطع الصلة بين المحـاكم العاديـة ومنازعات العقد الإدارية ، ولكنه لم ينكر حق الأطـراف ذوو الشـأن فـى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم ، للفصل فيـها . خاصـة ، إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شـرطا**

---

[١] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - ص ٨ ، ٩

كان ، **أم مشارطة** – إعمال القواعد القانونية الموضوعية التى تطبق على العقود الإدارية .

فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** – للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فى الحالة الماثلة .

وعندما صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، نص فى مادته الأولى على أنه

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

كما تنص المادة الثانية من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والإستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " .

وكان من المأمول من هذه العبارة الأخيرة أن تشكل سندا لايختلف عليه حـول سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على منازعات العقـــود الإداريـــة [١] بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات عن طريـــق نظام التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - خاصة ، وأن الأعمال التحضيرية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تكشف عن هذا المعنى ، وتشهد عليه [٢] .

بيد أن الخلاف فى هذا الشأن ظل قائما ، وماانفك كذلك بعد العمـــل بقـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

فقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [٣] أنه وبعد صدور قـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ونصه فى المادة الأولى منه على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصـر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشـــخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يـدور

---

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالـــة المشار إليها - ص ٢٦ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجارى الدولى ، والمنشور فى مجلة هيئـــة قضايـــا الدولة - ملحق العدد الثانى - السنة الثامنة ، والثلاثون - أبريـــل / يونيـــة ســنة ١٩٩٤ - ص ٣٢ ، والمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

(٣) أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدوليـــة الخاصـــة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وبعد أن رجح أحكام الإتفاقيات المعمول بها فى مصر ، نظم سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم يجرى فى مصر – **سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص ، وأيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع** – وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، **والتجارية على العقود الإدارية ، كى يصبح حكم هذه المادة تقنينا لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الشأن** . علاوة على ذلك فإن الإختصاص المقصور لايحول دون الإلتجاء إلى التحكيم ، طالما أن المسألة محل النزاع من المسائل التى يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها .

فنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد جاء عاما ، حيث أورد فى إطار سريانه النص على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص – **وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع** – إذ اكان هذا التحكيم يجرى فى مصر .

كما أن الهدف الأساسى من إصدار قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو ماطرأ على السياسة الإقتصادية فى مصر من تغيير جوهرى فى مطلع الثمانينات والرغبة فى الخروج من العزلة ، إلى انفتاح يهدف إلى اجتذاب رؤوس الأموال العربية ، والأجنبية ، للنهوض ، أو المشاركة فى مشروعات التنمية فى مصر . ولاشك أن المستثمر الأجنبى يفضل للفصل فى منازعاته وجود هيئة تحكيم لاتنتسب إلى جنسية الدولة التى يستثمر فيها أمواله . كما أن

خشيته التلقائية من القانون الوضعي الوطني ، تجعله يستهدف دائما الخضوع لأحكام قانون وضعي آخر .

وعند مناقشة مشروع قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن المواد المدنية ، والتجارية أثار أحد السادة أعضاء مجلس الشعب المصري موضوع اختصاص مجلس الدولة في مصر ، فأجاب السيد المستشار وزير العدل المصري بأن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - للفصل في المنازعات ، يكون جائزا بين أشخاص القانون العام المصري ، ولاينزع ذلك أية سلطة من سلطات مجلس الدولة في مصر ، وأن منازعات العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها ، بافتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصري [١] .

كما رأى جانب آخر من فقه القانون الوضعي المصري [٢] أنه توجد نصوصا في القانون الوضعي المصري تجيز للدولة ، وأجهزتها ، وهيئاتها ومؤسساتها العامة ، وشركات قطاع الأعمال العام الدخول طرفا في الإتفاق على التحكيم .

فالمادة (٥٧) من قانون الإستثمار رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩ تجيز الفصل في منازعات الإستثمار بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر . كما يجوز الإتفاق على الفصل في هذه المنازعات في إطار اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ، ومواطني الدول الأخرى ، والتي انضمت إليها مصر بالقانون الوضعي المصري رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ ، وهو مايقتضي الإعتراف بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - للفصل في منازعات العقود التي تبرمها الدولة ، مع المستثمر

---

[١] أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصري - الجلسة الثامنة ، والخمسين - ٦ من مارس سنة ١٩٩٤ - ص ١١ .

[٢] أنظر : أحمد شرف الدين - التحكيم في منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٩٨٢ .

الأجنبى ، حتى ولو كانت موصوفة بأنها عقودا إدارية ، ويترتب على انضمام مصر إلى اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى ، صيرورتها جزء من النظام القانونى الوضعى المصرى ، وسموها على القوانين الوضعية المصرية الداخلية . ومن ثم يتعين القول بصحة التجاء الدولة ، ومؤسساتها العامة إلى نظام التحكيم فى الخارج ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية .

بينما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [1] بعدم جواز صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية حيث رأت أن الوصول لكلمة سواء فى أمر الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، توجب النظر إلى هذا الأمر لامن منظور الإختصاص الإفتائى ، أو القضائى لمجلس الدولة المصرى ، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإدارى ، ومدى تلاؤمها مع نظام لتحكيم أو تنافرها معه ، وماهى الشروط ، والأوضاع التى يمكن بها إقامة هذا التلاؤم ، وماهى شرائط الأهلية ، وأوضاع الولاية ، والتى تمكن من إقامة هذا التلاؤم ، أو لاتمكن منه .

فقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - وفى أى من مراحل إعداده ، وحتى صدوره - لم يشتمل قط على نص قانونى وضعى صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون . وأن

---

[1] جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ - الفتوى رقم (١٦٠) - بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ - ملف رقم (٣٣٩/١/٥٤) . مشارا إليها فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - الجزء الأول - ص ١٤٩ ومابعدها .

شمول هذا التحكيم ، أو عدم شموله للمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، لايتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسع لهذه العقود ، أو لايسعها وإنما أيض يتعلق بصحة شرط التحكيم ، من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه فى شأن غيره ، أو مالغيره .

والأصل عند عدم النص ، عدم صحة مايجريه الشخص فى شأن غيره وماله . وأنه إذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقود الخاصة لايصح لناقصى الأهلية ، إلا باكتمال أهليتهم ، فإنه وفى منازعات العقود الإدارية لايصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة فى إجرائه ، ولاتكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعى وضعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الإدارى ، بضوابط محددة ، وقواعد منظمة ، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن ، للإذن به فى أية حالة مخصوصة ، بمراعاة خطر هذا الشرط . فلا تقوم مطلق الإباحة لأية هيئة عامة ، أو وحدة إدارية ، أو غير ذلك من أشخاص القانون العام فى مصر [1] .

ويبين من عنوان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أنه يخص التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ومن ثم ، يقتصر على مايخص القانون المدنى والتجارى ، ولاتشمل أحكامه القانون الإدارى . ومن ثم ، فلاتنصرف إليه أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما إن الإطلاق الوارد بالمادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو

---

[1] أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

عموما منقوصا . فإزاء وجود علاقات قانونيـــة لأشـــخاص القـــانون العـــام المصرى تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العـــام الـــوارد بنص المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايكون له من إطلاق ، بحيـث يسرى على كافة ماتبرمه من عقود .

والمناقشات التشريعية أشارت إلى أن العقود الإدارية لم تـــرد صراحـــة ضمن المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وأن نص المادة (٢) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية بتعداده أمثلة للعقود التـــى تخضـــع لأحكـــام هـــذا القانون ، كانت تستهدف تفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

وعليه فقد اقترح أن يكون نص المادة (٢) من القانون الوضعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة كالتالى :

" **يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقـــة قانونية ذات طابع اقتصادى – عقدية كانت أم غير عقدية – ويشـــمل ذلـــك كافة العقود الإدارية** " [١] . ولم يحظ الإقـــتراح بموافقـــة مجلـــس الشـــعب المصرى .

وقد نصت المادة (١١) من القانون الوضعى المصـــــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــــة علـــى أنـــه : " **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملـك التصرف فى حقوقه ، ولايجوز التحكيم فى المســـائل التـــى لايجـــوز فيـــها الصلح** " .

---

(١) أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى – الجلسة الثامنة ، والخمسين – ٦ من مارس سنة ١٩٩٤ – ص ١٣ .

ولاشك أن ممثل الشخص الإعتبارى لايملك التصرف فى حقوق هذا الشخص إلا تبعا لقواعد مقررة قانونا ، . كما أن الصلح الذى يجريه أحـد أشـخاص القانون العام يثور فى شأن جوازه بعض الغموض ، ولايوجد رأى قاطع فـى شأنه .

والعقبة الكئداء إزاء إمكانية الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشـأ عن العقود الإدارية عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضـاء العام فى الدولة ، صاحب الولايـة العامـة ، والإختصـاص بـالفصل فـى منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** ، إلا ماستثنى بنـص قانونى وضعى خاص هو مـاورد بنـص المـادة (١٧٢) مـن الدسـتور المصرى الدائم ، من أنه :

" **مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فـى المنازعـات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى** " .

فما قررة مشروع القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] من أن نظام التحكيـم يتمـيز بالآتى :

أولا :

تبسيط الإجراءات ، وسرعة الفصل فى النزاع .

ثانيا :

إحترام القضاء المصرى .

ثالثا :

إحترام سيادة الدولة .

---

[١] أنظر : فوزية عبد الستار - مضبطة الجلسة الحادية ، والخمسين - ق ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤ - ص ٥ .

ولاشك أن البندين ثانيا ، وثالثا إذا أخذا بمفهومهما الدستوري ، والقانوني فإن فيهما مايؤيد عدم جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية [١] .

كما أجازت محكمة استئناف القاهرة فى حكم قضائى لها [٢] الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فبالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الإقتصادى قد اتسعت وتشعبت مع مراحل النمو ، والإصلاح التى تخطوها مصر ، وتتعاظم مسيرتها حينا بعد حين ، وتشارك الدول ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة فى قيام تلك العلاقات ، بالقدر الازم لتشجيع الإستثمار ، ودفع عجلة التنمية ، وتحقيق أهدافها . بما فى ذلك ، إبرام عقودا إدارية ، وثيقة الصلة بالمرافق العامة فى مصر ، مع أطراف محلية ، وأجنبية .

وإذا كان الإلتجاء إلى التحكيم هو إتفاقا للفصل فى منازعات هذه العقود ، مما يندب إليه فيها ، وتستمسك به تلك الأطراف فى حالات عديدة ، كسبا لمزايا هذا الأسلوب فى التسوية . وخاصة ، للفصل فى منازعات التجارة والإستثمار ، على الصعيدين الوطنى ، والدولى [٣] .

---

[١] أنظر : أكثم أمين الخولى - الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد - بحث مقدم لمؤتمر مركز القاهرى الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - ١٢ - ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

[٢] أنظر : حكم محكمة استئناف القاهرة - الصادر من الدائرة رقم (٦٣) تجارى - بجلستها المنعقدة فى ١٩٩٧/٣/١٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

[٣] راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [١] الأخذ بفكرة العقد ذى الشأن الدولى ، وتنطلق هذه الفكرة من أن العقد الإدارى فى تصوره التقليدى يقوم على عناصر وطنية لأطرافه ، وموضوعه ، غير أنه إزاء التطور الإقتصادى الدولى الذى شمل العالم بأرجائه ، جدت ضرورة تحديد مفهوم جديد للعقد الذى يلحق بأطرافه ، أو موضوعه عنصرا أجنبيا . ومن ذلك ألا يكون محل الإقامة ، أو مقر الشخص المعنوى الطرف فى العقد داخل الدولة المتعاقدة ، أو يكون تنفيذ العقد بدولة أخرى ، أو يتعلق موضوعه بالتجارة الدولية ، أو يكون القانون الواجب التطبيق على العقد مما يسمح بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيما يمكن أن ينشأ عنه من مناعات . وهذه الفكرة رغم وجاهتها المبدئية ، إلا أنها تحتاج لجهد فقهى ، لإرساء معالمها وترسيخ جوانبها ، حتى يكون لها بوصفها تصورا قانونيا قبولا لدى جهات الدولة المعنية بتفسير القانون الوضعى ، ومعالم تطبيقه ، سواء فى ذلك إدارات الفتيا ، وعلى رأسها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة فى مصر ، أو المحاكم الوطنية " إدارية ، ومدنية " [٢] .

ورغبة فى حسم هذا الخلاف - **والمتعلق بمدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان**

---

[١] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ، ٢٧ .

[٢] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٧ .

موضوعها - **إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خـــاص** - بنـــص قـــانونى وضعى مصرى ، يكون فاصلا ، لاتتـــوزع الآراء معـــه ، وتلتقـــى عنـــده وتستقر كل الإجتهادات ، جاء تعديل المادة الأولـــى مـــن قـــانون التحكيـــم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المـــواد المدنيـــة والتجارية [١] .

حيث أكد النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه على جواز الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكـــن أن تنشأ عن العقود الإدارية . كما أضاف موافقة الوزير المختـــص للإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى هذه المنازعـــات ، أو من يتولى أختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة التى لاتتبع وزيـــرا - **كالجهاز المركزى للمحاسبات** .

وإحكاما لضوابط الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصـــل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، فقـــد حظـــر النـــص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه التفويـــض فـــى ذلـــك الإختصـــاص فلايباشره إلا من أوكلت إليه هذه المهمة ، إعلاء لشأنها ، وتقديرا لخطورتها

---

(١) تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فى المواد المدنية ، والتجارية فقرة ثانية ، نصها كالتالى :

" وفى جميع الأحوال يجوز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بموافقة الوزير المختـــص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولايجوز التفويض فى ذلـــك " . وينشـــر هـــذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به إبتداء من اليوم التالى لتاريخ نشره .

أما النص فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد ، والتجاريـــة ، فهو على النحو التالى :

" مادة (١) ١ - مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربيـــة تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخـــاص أيـــا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيمـــا تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

ولاعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته [١] .

فالتعديل بالإضافة على المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية المشار إليه يقرر صراحة جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، ويحدد السلطة الإدارية التى يرخص لها بإجازة مثل هذا الإتفاق ، واعتماده - **ضبطا لاستعمالها ، وضمانا لوفاء الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عندئذ باعتبارات الصالح العام** - وبحيث يكون المرد فى هذا الشأن للوزير المختص ، أو من يمارس اختصاصاته من الأشخاص الإعتبارية العامة ، **وبحيث لايجوز لأى منهما التفويض فى هذا الخصوص .**

---

[١] فلجوء الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية إنما يتم بمحض إرادتها ، وبموافقتها ، طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة ، وبايكال مهمة الفصل فى المنازعات المذكورة لهيئة تحكيم ، يتفق عليها مع المتعاقد الآخر ، أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

قائمـــة بأهـــم المراجـــع

أولا : باللغة العربية

١ - المؤلفات العامة

إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعـــة السادسة - ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة - ١٩٨٢ ، الطبعـــة التاســـعة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعـــات - الطبعـــة السادســـة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشـرة - ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة " **الخصومـــة ، والحكـــم ، والطعن** " - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التنفيذ علما ، وعمـــلا - الطبعـــة الثانيـــة - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقـــا لمجموعـــة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجـزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - الطبعة الأولى - ١٩٩١ .

أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـــة ، والتشريعات المرتبطة بها - الطبعة الثانيـــة - ١٩٩٤ ، الطبعـــة الثالثـــة - ١٩٩٧ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات - ١٩٦١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليـــها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

أحكام التنفيذ الجبرى ، وطرقه - الطبعة الثانيـــة - ١٩٧١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانين المرافعـــات - الكتـــاب الأول - ١٩٨٢ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسى :

قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - دار نشر الثقافة بالأسكندرية .

أنور طلبة :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

حسنى المصرى :

القانون التجارى - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

رمزى سيف :

قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة التاسعة - ١٩٦٩ /١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

سلامة فارس عزب :

دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر .

سليمان مرقس :

أصول الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفى أبو طالب :

مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى :

مبادئ المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضائى فى مصر - الطبعة الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٢٣ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة.

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الخامس - العقود التى تقع على الملكية - المجلد الثانى ، الجزء السادس - العقود الوارد على الإنتفاع بالشئ "**الإيجار والعارية**" - الطبعة الأولى - ١٩٦٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات - الطبعة الاولى- ١٩٥٠ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

النظرية العامة للإلتزامات - الطبعة الثانية - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعة الاولى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

على صادق أبو هيف :

القانون الدولى العام - الطبعة الثانية - ١٩٦٦ .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنيـة ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لـــها - الطبعـــة الأولـــى - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت .

الوسيط فى قانون القضاء المدنـــى - - الطبعـــة الأولـــى -١٩٨٠، الطبعة الثانية - ١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة .

مبادئ قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضـة العربية بالقاهرة .

محسن شفيق :

الوجيز فى القانون التجارى - الجزء الأول - الطبعة الأولـــى - ١٩٦٨/١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلـــط - الطبعـــة الأولى - ١٩٢٨ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

محمد توفيق سعودى :

القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٠ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :

المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - طبعة سنة ١٩٩٠/١٩٩١ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد عبد الخالق عمر :

النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - المبادئ العامة - الطبعة الاولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة لعربية بالقاهرة .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :

قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٨٥ - الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية - ١٩٧٥ - بدون دار نشر .

محمود حافظ غانم :

مبادئ القانون الدولى العام - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود سمير الشرقاوى :

القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد إبراهيم :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيذ القضائى - ١٩٨٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - الطبعة الأولى - ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩١ - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنيـة ، والتجارية - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعـات - الطبعة الثانية - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

نادية محمد معوض / عاطف راشد الفقى :

قانون التجارة البحريـة - ١٩٩٦ - مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم - المنوفية .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى - الطبعة الأولـى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدنى - - الطبعة الأولـى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قـانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :

دروس فـى المرافعـات ، وفقـا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المسـتحدثة - الجـزء الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنيـة - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

٢ - المؤلفات الخاصة

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر .

إبراهيم شحاته :

معاملة الإستثمارات الأجنبية فى مصر - ١٩٧٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أبو اليزيد على المتيت :

الأصول العلمية ، والعمليـــة لإجـــراءات التقـــاضى - المكتب الجامعى الحديث - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ .

أبو زيد رضوان :

الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - ١٩٨١ - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

أبو زيد رضوان ، حسام عيسى :

شركات المساهمة ، والقطاع العـــام - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - الطبعة الأولى - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشـأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيــم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٣ - ١٩٧٨ ، ط٤ - ١٩٨٣ ، ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - الطبعة التاسعة - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم فى القوانين العربية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ -منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد حسنى :

عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قضاء النقض البحرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد قسمت الجداوى :

التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة " **تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها** " - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - القاهرة الحديثة للطباعة .

أكثم أمين الخولى :

العقود المدنية - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

العقود المدنية " الصلح ، الهبة ، والوكالة " - الطبعة الثالثة - ١٩٨٣ - دارالنهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة - - الطبعة الأولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سامية راشد :

التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

دور التحكيم فى تدويل العقود - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عادل محمد خير :

مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الحكيم فودة :

البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

البطلان المدنى " **الإجرائى ، والموضوعى** " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد المنشاوى :

التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية ، طبقا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عبد الفتاح عبد الباقى :

نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

عزمى عبد الفتاح :

قانون التحكيم الكويتى - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت .

أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

على على منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - الطبعة الأولى - ١٩٦٢ .

محسن شفيق :

التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ .

محمد السعيد رشدى :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر - الطبعة الأولى - ١٩٤١ - مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٥ - عالم الكتب بالقاهرة .

محمد على عرفة :

أهم العقود المدنية - الكتـــاب الأول - العقـــود الصغـــيرة - ١٩٤٥ - مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد كمال حمدى :

القاضى فى الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

الولاية على المـــال - الطبعـــة الثانيـــة - ١٩٨٧ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

الرقابة على أعمال المحكميـــن - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

النشأة الإتفاقية لسلطات المحكميـــن - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود جمال الدين زكى :

العقود المسماه - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - مطـــابع دار الكتاب العربى بمصر .

محمود سمير الشرقاوى :

الشركات التجارية فى القانون المصـــرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

إتفاق التحكيم ، وأثره على ســـلطة القضـــاء فـــى الفقـــه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية - دراســـة مقارنـــة - ١٩٨٦ - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محيى الدين إسماعيل علم الدين :

منصة التحكيم التجارى الدولى – الجـزء الأول – ١٩٨٦ – شركة مطابع العنانى بالقاهرة .

مختار أحمد بريرى :

التحكيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضـــة العربية بالقاهرة .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانيـة – ١٩٧٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتــى – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر :

الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعـــات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسـكندرية .

هشام الطويل :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات – ١٩٨٦ – منشـأة المعارف بالأسكندرية .

هشام على صادق :

مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكميـــن فـــى العلاقات الخاصة الدوليـــة – ١٩٨٧ – الـــدار الفنيـــة للطباعـــة ، والنشـــر بالأسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـة – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقـــانون الوضعـــى - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ - الرسائل العلمية

إبراهيم العنانى :

اللجوء إلى التحكيم الدولى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٦٥ - ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة الأسكندرية - سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩.

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أسامة الشناوى :

المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة .

إسماعيل أحمد محمد الأسطل :

التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أشرف عبد العليم الرفاعى :

التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

السيد عبد العال تمام :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

القطب محمد طبلية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أميرة صدقى :

النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٩ ، ومطبوعة سنة ١٩٧١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

شمس مرغنى على :

التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٦٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - عالم الكتب بالقاهرة .

عاطف محمد راشد الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٦ .

عبد القادر الطورة :

قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

على الشحات الحديدى :

دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

على رمضان بركات :

خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٦ .

على سالم إبراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عيد محمد عبد الله القصاص :

إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الزقازيق - سنة ١٩٩٢ .

فتحى والى :

نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٥٩ - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد شوقى شاهين :

الشركات المشتركة - طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٧ .

محمود السيد عمر التحيوى :

إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٥

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤ - الأبحاث ، والمقالات

إبراهيم أحمد إبراهيم :

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد رقم (٣٧) -١٩٨١ - ص ص ٣٥ - ٦٣ .

أبو اليزيد على المتيت :

التحكيم البحرى - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة - س (١٩) - العدد الأول - يناير / مارس سنة ١٩٧٥ - ص ص ٢٨ - ٨٦ .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم الإختيارى - - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (٦) - ١٩٥٢ / ١٩٥٣ - ص ٤ ومابعدها .

تكييف وظيفة المحكم - مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية - س (٣٧) - ع (٧) - ١٩٥٢ /١٩٥٣ - ص ص ٨٤٤ - ٩٠٧ .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٥) - ١٩٧٠ - ص ٣ ومابعدها .

أحمد رفعت خفاجى :

خواطر حول نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة حول الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة ، بدلا

من الإلتجاء إلى التحكيم فى دول الغرب ، والمنعقدة فى الفترة من(١٩) - (٢١) أكتوبر - سنة ١٩٩١ .

أحمد شرف الدين :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة / الأسكندرية - حول التحكيم التجارى الدولى - أكتوبر سنة ١٩٩٠ - ص ٢٩ ومابعدها .

أشرف الشوربجى :

المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأسكندرية ، والمنعقد فى الفترة من(١٩-٢١) أكتوبر سنة ١٩٩١ - حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة - ص ١٢٠ ومابعدها .

أكثم أمين الخولى :

خلفيات التحكيم - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط ، والذى انعقد بالقاهرة فى يناير سنة ١٩٨٩ .

حسن البغدادى :

القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم ، وقرارات هيئات التحكيم ، وتنفيذها - مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - س (٣٠) - ع (٢) - ص ص ٣ - ٤٣ .

حسنى المصرى :

شرط التحكيم التجارى - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم بالقاهرة - سنة ١٩٨٩ .

رضا محمد إبراهيم عبيد :

شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونية سنة ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٤) - ١٩٦٩ - العددان الثالث ، والرابع - ص ١٧٤ ومابعدها .

عادل فخرى :

التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى - مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية - س (٥١) - سنة ١٩٧١ - ص ص ٥٠ - ٥٧ .

عبد الحسين القطيفى :

دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - - ع (١) - سنة ١٩٦٩ - ص ٣٢ ومابعدها .

عبد الحميد الأحدب :

التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربية - ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط - القاهرة - يناير سنة ١٩٨٩ .

عز الدين عبد الله :

تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص - مقالة منشورة فى مجلة العدالة - يوليو سنة ١٩٧٩ - العدد التاسع عشر - تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبى .

على بدوى :

أبحاث فى تاريخ الشرائع - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - س (١) - ع (١) - يناير سنة ١٩٣١ .

عمرو مصطفى درباله :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ص ص ٩٨ - ١١٩ .

فتحى والى :

إختيار المحكمين فى القانون المصرى - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالقاهرة - حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير - يناير سنة ١٩٧٨ .

فخرى أبو يوسف مبروك :

مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونيةىة ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٦) - ع (١) - يناير سنة ١٩٧٤ - ص ١٠٣ ومابعدها .

محمد طلعت الغنيمى :

شرط التحكيم فى اتفاقات البترول - مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٠) - ١٩٦٠ / ١٩٦١ - العددان الأول ، والثانى - ص ٦٧ ومابعدها .

محمد لبيب شنب :

الأعمال التجارية المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س(٦) - يوليو سنة ١٩٦٤ ، ع(٢) - ص ٢٤٦ ومابعدها .

محمود سلام زناتى :

التحكيم عند العرب - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم - العريش - سنة ١٩٨٩ .

محمود محمد هاشم :

إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة فى مجلة العلـوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شـمس - س (٢٦) - ع (١) ، (٢) - ١٩٨٣ / ١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

هشام على صادق :

خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقـات الخاصة الدولية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم فى القـانون الداخلـى ، والقانون الدولى - العريش الفترة من (٢٠) - (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - ص ٥ ومابعدها .

وجدى راغب فهمى :

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قـانون المرافعـات - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٥) - ١٩٧٣ - ع (١) - ص ٢٤٥ ومابعدها .

دراسات فى مركز الخصم أمـام القضـاء المدنـى - مقالـة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرهـا كليـة الحقـوق - جامعة عين شمس - س (١٨) - ١٩٧٦ - ع (١) - ص ٧١ ومابعدها .

طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - مقالـة منشـورة بمجلـة مؤتمر التحكيم العربى - ١٩٨٧ .

مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة منشورة فى الدورة التدريبيـة للتحكيم - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ - ص ٤ ومابعدها .

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . دراسة انتقادية لنظرية الطبيعـة القضائية للتحكيم - مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويـت - س

(١٧) - العددان الأول ، والثانى - مارس / يونيو - سنة ١٩٩٣ - ص ص ٣١ - ١٧٣ .

خصومة التحكيم - مقالة منشورة فى مؤتمر التحكيم فى القـانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفـترة مـن (٢٠) إلـى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ .

نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى - مقالة منشورة ضمـن برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويـت - ١٩٩٣ - ص ٢ ومابعدها .

٥ – الدوريات ، ومجموعات الأحكام

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " مجموعة النقض " .

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ، والإبرام " محمود أحمد عمر " " مجموعة عمر " .

مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عام ، في الفترة من سنة ١٩٣١ ، حتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢، حتى سنة ١٩٨٥ – أنور طلبة – دار الثقافة بالأسكندرية .

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية في الخمسة ، والعشرين عاما " الجمعية العمومية – الدائرة المدنية " .

مجموعة المبادئ القانونية التي قرتها محكمة النقض في خمس سنوات – يناير سنة ١٩٧٠ – يناير سنة ١٩٧٥ – السيد محمد خلف – الهيئة المصرية العامة للكتاب – الطبعة الأولى – ١٩٨٢/١٩٨٣ .

مجموعة حسن الفكهاني لدى محكمة النقض – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية – إصدار الدار العربية للموسوعات " حسن الفكهاني " – القاهرة – ديسمبر سنة ١٩٨١ – ملحق رقم (١) .

الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر ، والدول العربية " مدني ، جنائي ، دولي " – الطبعة الثانية – تقديم محمد زكي عبد المتعال – ١٩٨٧ – دار الفكر العربي بالقاهرة .

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، والدائرة المدنية في خمس سنوات – في الفترة من ١٩٨٠ – إلى ١٩٨٥ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية .

مجلة المحاماه المصرية - تصدرها نقابة المحامين بمصر .

مجلة إدارة قضايا الحكومة " **هيئة قضايا الدولة حاليا** " - يصدرها المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة .

مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى - " **مجلة مصر المعاصرة** " .

مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط .

مجلة روح القوانين - تصدرها كلية الحقوق - جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :
Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964 .

BERTIN :
Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T . 1 .

M . BIOCHE :
Dictionnaire de procedure civile et commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :
Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :
Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :
Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :
Traite theorique et pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :
Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

HAMONIC :
L'ârbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

JAPIOT :
Traite de procedure civile et commercial . 1930 .

JOSSERAND :
Cours de droit civil positif . T . 1 . 1938 . Paris . Sirey .

L . LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution . 3e ed . Sirey . 1956 .

LAURANT : Principes de droit civil Francais . 2e ed . T . 11 et T . 27. ,Paris . 1869 – 1978 .

LEON – CAEN (C . H .) et RENAULT :Traite elementaire de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 .

MOREL (R .) : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 .

PERROT ROGER : Institutions Judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris .

PLANIOL et REPERT : Traite pratique de droit civile Francais . T . 1 , 2e ed . 1952 . 1957 .

SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit judiciaire prive . Paris . Sirey . 1961 .

THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commerecial . 5e ed . 1916 . Paris .

VINCENT (J .) : Procedure civile . Dix – neuvieme edition . 1978 . Dalloz . Paris .

VINCENT (J .), GUINCHARD (S .) : Procedure civile . 28 e ed . Dalloz . 20e ed . 1981 . 22e ed . 1991 .

H . VIZIOZ : Etudes de procedure . ed . Biere . Bordeaux . 1956 .

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE : Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . 5e ed . 1983 . Dalloz .

ANTOINE KASSIS : Proleme de la base de l'arbitrage . T . 1 . Paris . L . G . D . J . 1987 .

J . ARETS : Reflexions sur la nature Juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de droit de Liege . 1962 .

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 .

E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . 1975 .

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . ed . 1983 . ed . 1990 . . Paris .

A . BRUNETH : Les apports collectifs du travail , 2e ed . 1978 .

CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage . sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Soc . 1956 .

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CHAMY (EDOUARD) : L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes . 1985 . Paris .

CHARLES JARROSSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque de Droit prive .

DAVID (R .) : Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siecle . Melanges offert a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 .

L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 .

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris .

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et international . Droit prive belenique liter . 1976 . Preface B . GOLDMAN .

M . GOBEAUDE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . 1927 .

GRECH (GASTON) : Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial . 1952 .

Precis de l'arbitrage . Traite pratique sur la compromissoire et les chambres Arbitrales , 1964 .

Les chambres arbitrales en matière commerciale . 1972 .
HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .
HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . . 1983 .
Y . JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII au XV sicle . Dijon . 1977 .
KLEIN : Du caractere de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage . Revue Critique de Droit international prive . 1961 .
E . LOQUIN : L'mlable composition en droit compare et international . Litec . Paris . 1980 .
LUCUIN FRANCOIS : L'adage nul ne peut se Faire Justice soi meme " in Annales de la Faculte De Droit du Liege . 1967 .
E . MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 .
MONIER : Mannel elementaire de droit Romain . Montchrestien . 1947 . T . 1 .
MOREL (R .) : La clause compromissoire commercial . l . g . d . j . Paris . 1950 .
MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris .
ROBERT (JEAN) : Traite de l'arbitrage , ed . 1967 .
Arbitrage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 .
J . ROBERT et B . MOREAU : L' arbitrage . droit interne et droit international prive . 6e ed . Dalloz . 1993 .
RODIERE : L'administration mineurs . Etude de Droit compare . Paris . 1950 .
SICARD (JEAN) : Manuel de l'expertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal des notaires et des avocats . 1977 .

3 – Les these

BEAUREGARD (JACQUE) : De la clause compromissoire These Paris . 1911 .

CHARLES PEFORT : Les difficultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire. Paris. 1929.
D. COHEN : Arbitrage et societe. These. 1993. Paris 11.
El. GOHARY MOHAMED : L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a long term. These. Renne 1. 1982.
HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne. These. Montpellier. Mars. 1975.
IBRAHIM N. SAD : La sentence arbitrale. These. Paris. 1969.
JARROSSON : La notion d'arbitrage. These. Paris. 11. 1985. L.G.D.J. Paris, 1987. preface OPPETIT.
JOSEPH MONESTIER : Les moyens d'ordre public. These. Toulouse. 1965.
P. L. LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France. These. Renne. 1963.
S. MARECHAL : Le prix de vent laisse a l'arbitrage d'un tiers. These. Lille. 1970.
F. MAUGER : L'arbitrage commercial aux Etats-unis D'Amerique. These. Paris. 1955.
WEILL : Les sentences arbitrales en droit international prive. These. Paris. 1906.
DE MENTION : Le role de l'arbitrage dans l'evolution Judiciaires. These. Paris. 1929.
MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR : La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive. These. Paris. 1987.
MOHAMED ARAFA : Les investissements etrangeres en Egypt. These. Nantes. 1989.
MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire. These. Rennes. 1985.
J. MOUTON : Nature Juridique de la sentence arbitrale en droit prive. These. Paris. 1938.
EL - KADI (OMAR) : L'arbitrage international en droit musulman. droit positif Francais et Egyptien. These. Paris. 11, 1986.
ROTHE (M.) : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925. These. Paris, 1934.

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature Juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de J . VINCENT . L . G . D . J . Paris . 1965 . 4 – Les articles

ABDEL HAMID EL AHDABE : L'arbitrage en Arabie Saudite . Rev . Arb . 1981 . P . 238 et s .

BARBERY : L'arbitrage dans les societe de commerce . Rev . Arb . 1956 . P . 151 et s .

BERTIN : Refere et nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 2 . Doct . 520 .

Nouvelles voies de recours , G . P . 1982 . 1 . Doct . 239 .

BOUILES (R .) : Sentences arbitrales . autorite de la chose jugee et ordonnance d'exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 .

BREDIN : La paralysie des sentences arbitrales par l'abus des voies de recours . Clunet . 1962 . P . 639 .

CARABIBER : L'evolution de l'arbitrage commercial . Recueil des cours . 1960 .

G . CORNU : Le decret du 14 Mai . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . 586 .

COUCHEZ : Refere et arbitrage . Rev . Arb . 1986 . P . 155et s .

DELVOLVE : Essai sur la motivation des sentences arbitrales . Rev . Arb . 1989 , 149 .

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defeudeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s .

F . EISEMANN : L'independence de l'arbitre . Rev . Arb . 1970 , P . 219 et s .

G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des Journalistes . Rev . Arb . 1964 , P . 34 et s .

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans le contrat mixte . Rev . Arb . 1971 . 1 . P . 1 et s .

Amiable composition et appel . Rev . Arb . 1975 . P . 18 et s .

La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . 8 et s .

B . GOLDMAN : Le debat sur l'independence de l'arbitre au symposieum du 20 Nov . 1970. Rev . Arb . 1970 . P . 229 et s .

HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI . Mai . 1992 . P . 43 et s .

F . E . KLEIN : Consideration sur l'arbitrage en droit international prive . Bole . 1955 .

Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

P . LEVEL : Une premiere rotuche au droit a l'arbitrage , laloi du 5 Juillet 1972 , J . C . P . 1972 . 1 . 2494 .

E . LOQUIN : L'Obligation pour l'amaible composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223 et s .

MINOLI : Relations entre partie et arbitre . Rev . Arb . 1970 . P . 221 et s .

MOREAU (B .) : La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . 223 et s .

MOREL (R .) :L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code . Rev . Arb . 1980 . 642 .

MOTULSKY (H .) : Menance sur l'arbitrage . la pretendue incompetence des arbitres en cas de coniatation sur l'existence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . 1 . 1194 .

La nature Juridique de l'arbitrage prevue pour la fixation des prix de vente ou le loger . Rec . gen . lois . 1955 . P . 109 et s.

La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 , P . 13 et s

L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public , Rev . Arb . 1956 . P . 38 et s .

La capacite de compromettre des etablissement publics a contrat commercial a propos de l'arret societe national devante surplus , Rev . Arb . 1958 , P . 39et s.

L'evolution recente en matiere international . Rev . Arb . 1959 , P . 3 et s .

competence arbitrale . J . C . P . 57 . ED . 9 J . NORMAND : Les conflits individuel . du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai . Arb . 1982 . P . 169 et s.

J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . Clunet . 1933 . P . 845 et s

J . P . PANSSE : Le respecte du principe de la contradictoire dans les deroulement des operation d'expertise . Gaz . Pal . 1978 . P . 6299 et s .

PERROT (R .) : L'administration de la preuve en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1974 . P . 159 et s .
Les voies de recours en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 269 et s .
L' Aplication a l'arbitrage des regles nouveau code de procedure civile . Rev . Arb . 1980 . P . 642 et s .
Influence sur la validite de l'arbitrage les rapports des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43et s .
L'arbitrage en matiere international . D . 1981 . Chron . 209 .
P . SCHLOSSER : L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 1980 . P . 23 et s .
VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .
VAV – HECRE : Arbitrage et restrinction de la currence . Rev . Arb . 1973 . P . 3 et s .
J . VIATTE : De la recasation des arbitres . Gaz . Pal . 1973 . 2 . Doc . P . 719 et s
L'amiable composition en Justice . Rec . Gen . Lois et Jurisp . 1974 . P . 563 et s.
Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . Pal . . 1975 . 2 . Doct . 112 et s
WAHL (A .) : La clause compromissoire en matiere commercial ; J . C . P . 1927 . ed . g .

IV periodiques et revues

Buelletin des Arrets de la cour de la cassation " Bull "
Recueil Sirey
Recueil Dalloz Hebdomodaire " D . H . "
Recueil Dalloz Periodique "D . P . "
Recueil Dalloz " D "
La Gazette du Palais " Gaz . Pal "
La Semaine Juridique . Juris – Classeur Periodique " J . C . P . "
Encyclopedie Dalloz , Repertoire De Droit Civile " Enc . D . Rep . Dr . Civ . "
Encyclopedie Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile " Ency . D . Rep . proc . Civ "
Juris – Classeur De Procedure Civile " Juris . Proc . Civ " ou Juris . Class . Proc . Civ ."
Pormulaire Analytique de Procedure " For . Analu . Proc "
Revue Critique De legislation et de Jurisprudence " Rev . Crit . Legiset Juris "
Revue du Droit Public et de la science politique " R . D . P . "
Revue international de droit comparee " Rev . Int . Dr . Com ."
Revue generale des assurances terrestres " Rev . Gen . Ass . Terr . "
Revue Trimestrielle de droit civile " R . T . D . Civ . "

محتويـــــات الكتـــــاب

الموضوع	رقم الصفحة

تم بحمد الله ، وتوفيقه . . .

المؤلف . . .